

## 민사소송법 기출문제 분석

	적식과 적법	변론과 증거	소송의 종료	상소/재심	객관적 병합	다수당사자
2021		▶공시송달/추완항소		▶항소취하 ▶상고/파기환송	▶부진 정 예비 적 병합 (단순병합)	▶소송참가(채권자)
2020	▶법인 대표권 ▶소멸시효	▶서증(2)	▶기관력 객관적 ▶기관력 시적	▶재심법원/관할 ▶재심성질		
2019	▶제소전사망자 소송	▶소취하간주 ▶재판상자백의철회 ▶서증		▶항소심상계항변		▶소송참가(채무자) ▶예비적 피고
2018		▶변론주의 ▶소송절차 중단 ▶소송상 형성권행사	▶상계제항변 기관력 ▶소송상 화해	▶항소취하	▶예비적 병합	
2017	▶관할 ▶장래이행의 소 ▶확인소	▶처분권주의 ▶소취하계약	▶기관력 객관적 범위	▶항소의 적법 ▶상소의 대상	▶반소	▶참가승계
2016	▶제소전사망자 소송	▶처분권주의 ▶송달 ▶자백간주	▶채권자대위소송기관 력 ▶재소금지	▶상소의 이익 ▶부대항소	▶예비적 병합 ▶제3자 반소	▶고유필수적 공동소송
2015	▶소송요건판단시기	▶재판상자백/철회 ▶기일해태/자백간주 ▶서증	▶변종후 형성권행사	▶상소이익/불이익변경 금지 ▶상고이유서		▶유사필수적 공동소송
2014	▶국제재판관할과 합의 관할 ▶부제소특약	▶소송행위의 취소와 철회 ▶추완항소 ▶백지보충문서의 형식 적 증거력	▶재소금지		▶예비적 병합 ▶선택적 병합 ▶교환적 변경	
2013	▶심급관할/이송 ▶증서진부확인소	▶증명책임 ▶소송절차중단	▶선정당사자 ▶독립당사자참가			

## 21~22' 중요판례 정리

## 제1편 총론

## 제2편 소송의 주체

## 제1장 법원

## ◆ 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부가 문제된 사건 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결

◇중국 회사들 사이의 물품거래에 따른 미지급 물품대금을 중국 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사를 상대로 그 지급을 구할 경우 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부◇

민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 참조). 민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”라고 정하고 있고, 민사소송법 제5조 제1항 전문은 “법인, 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정한다.”라고 정하고 있다. 이는 원고에게 피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이므로, 국제재판관할에서도 피고의 주된 사무소가 있는 곳은 영업관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소가 된다. 한편 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 가령 민사소송법 제11조에서 재산이 있는 곳의 특별재판적을 인정하는 것과 같이 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있으므로, 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있는 것이다. 나아가 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다. 만일 법인인 피고가 대한민국에 주된 사무소나 영업소를 두고 영업활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다. 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다. 지리, 언어, 통신의 편의, 법률의 적용과 해석 등의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정해서는 안 된다(위 대법원 2016다33752 판결 참조).

☞ 중국 회사인 원고들이 중국 회사인 소외 회사에게 물품을 공급한 후 지급받지 못한 물품대금을 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사인 피고를 상대로 중국법상 1인 주주의 유한책임회사 연대책임 법리에 따라 이를 부담해야 한다고 주장하면서 그 지급을 구하는 사안임

☞ 대법원은, 피고의 보통재판적인 주된 사무소의 소재지가 대한민국에 있고, 피고는 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 모회사로서 자료 확보나 사실관계 파악에 무리가 없어서 대한민국 법원에서 소송을 수행하는 것이 중국 법원보다 불리하다고 볼 수 없는 점, 지리상·언어상 불이익을 감수하면서 대한민국 법원에서 재판을 받고자 하는 원고들의 의사도 존중할 필요가 있는 점, 피고로서는 자신의 주된 사무소가 있는 대한민국 법원에 소외 회사의 물품대금 채무와 관련한 소가 제기될 수 있다는 점을 예측할 수 있었던 점, 피고의 재산이 있는 곳에 국제재판관할을 인정하는 것이 당사자의 권리구제나 재판의 실효성 측면에서 재판의 적정, 신속 이념에 부합하는 점 등을 고려할 때 대한민국 법원과 해당 소송의 당사자 또는 그 분쟁이 된 사안 사이에 실질적인 관련성이 있어 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기하고 사건을 1심으로 환송하였음

## ◆ 전속관할 경합하는 경우 대법원 2021. 2. 16.자 2019마6102 결정

## (1) 구체적 사안

A의 파산절차(서울회생법원)에서 파산관재인으로 B가 선임되었다. 한편 A소유 토지상에 근저당권을 설정받았던 Y가 서울북부지법에 토지경매를 신청하여 경매가 진행중이었다. B는 위 근저당설정행위를 부인하기로 하여, 그 부인권 행사로서 위 경매의 배당절차에서 이의하고 서울북부지법에 배당이의의 소를 제기했다. 그런데 부인의 소와 부인의 청구 사건은 파산계속법원의 관할에 전속하는 것이며(채무자회생법), 배당이의의 소는 배당을 실시한 집행법원

이 속한 지방법원의 관할에 전속한다(민사집행법). 즉 전속관할이 경합하게 되었다. 이에 배당이의소송을 맡은 서울 북부지법이 이를 서울회생법원으로 이송하였는데, B는 이송에 반대하여 즉시항고한 사안.

## (2) 【결정요지】

배당이의의 소는 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 관할에 전속한다(민사집행법 제21조, 제156조 제1항). 한편 파산관재인은 소, 부인의 청구 또는 항변의 방법으로 부인권을 행사할 수 있는데, 부인의 소와 부인의 청구 사건은 파산계속법원의 관할에 전속한다[채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제396조 제3항, 제1항].

민사집행법과 채무자회생법의 위 관할 규정의 문언과 취지, 배당이의의 소와 부인의 소의 본질과 관계, 당사자 간의 공평이나 편의, 예측가능성, 배당이의의 소와 부인의 소가 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원이나 파산계속법원에서 진행될 때 기대가능한 재판의 적정, 신속, 판결의 실효성 등을 고려하면, 파산관재인이 부인권 행사를 하면서 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기한 경우에는 채무자회생법 제396조 제3항이 적용되지 않고, 민사집행법 제156조 제1항, 제21조에 따라 배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원에 전속관할이 있다고 보는 것이 타당하다.

## (3) 평석

하나의 소송사건에 관하여 여러 법원에 토지관할이 있는 일은 흔히 발생한다. 전속관할과 임의관할이 경합하면 전속관할이 우선한다. 임의관할끼리 경합하는 경우에는 각 토지관할 사이에 우선순위가 없다. 원고는 경합하는 관할법원 중 어디에나 임의로 선택하여 소를 제기할 수 있다. 그런데 전속관할이 경합한 경우 관할위반이 발생하므로 이에 대한 기준이 필요하다. 전속관할의 경중에 대한 대법원의 판단과 태도를 이해할 수 있다.

## 제2장 당사자

## 제1절 당사자 확정

## ◆ 비법인 당사자의 확정 및 원고의 비법인사단성 대법원 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결

◇소 제기 후 창립총회가 개최된 지역주택조합의 경우 당사자의 확정, 원고 조합의 비법인사단성 인정 여부(적극)◇  
 1. 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 확정된 당사자와의 동일성이 인정되는 범위 내에서라면 항소심에서도 당사자의 표시정정을 허용하여야 한다. 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면, 당사자 표시정정신청을 받은 법원으로서 당사자를 확정된 연후에 원고가 정정신청한 당사자 표시가 확정된 당사자의 올바른 표시이며 동일성이 인정되는지의 여부를 살피고, 그 확정된 당사자로 표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다(대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결 등 참조).

이 사건의 당사자인 원고는 소 제기 당시 1,313세대의 조합가입계약을 체결한 조합원들의 단체로서 이후 임시총회와 창립총회를 거쳐 설립이 확정된 '○○○○○○○○○○ ○○○○ 지역주택조합' 자체로 확정되었다고 봄이 타당하다.  
 2. 민사소송법 제48조가 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아니라도 사단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는, 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체가 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이다. 그러므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말하고, 어떤 단체가 비법인사단으로서 당사자능력을 가지는가 하는 것은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결일을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다18547 판결 등 참조).

원래 당사자능력의 문제는 법원의 직권조사사항에 속하는 것이므로 그 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 관하여는 법원이 당사자의 주장에 구속될 필요 없이 직권으로 조사하여야 하고, 따라서 비법인사단이 원고로 된 경우, 그 성립의 기초가 되는 사실에 관하여 당사자가 다양한 주장을 하는 경우, 구체적인 주장사실에 구속될 필요 없이 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다53955 판결 등 참조).

☞ 원고가 이 사건 매매약정을 체결한 추진위원회와 동일성을 유지한 채 발전하여 성립된 조합이라고 주장하며 피고를 상대로 위 매매약정에 기한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 사안에서, 원고 주장 추진위원회와 소 제기 이후 창립총회를 개최한 지역주택조합의 동일성이 인정되지 아니한다는 이유로 이 사건 당사자를 '원고 주장 추진위원회'로 확정된 뒤 그 당사자능력이 인정되지 아니하므로 이 사건 소가 부적법하다는 원심의 판단은 당사자 확정 문제와 당사자의 동일성 판단을 혼동하였을 뿐만 아니라 판결에 당사자로 기재된 원고 조합과 당사자능력의 판단대상인 당사자(원고 주장 추진위원회)가 서로 달라 모순이 있고, 비법인사단의 당사자능력에 대한 법리를 오해하였다는 이유로 원심판결을 파기한 사례

## 제2절 당사자 능력

## ◆ 피고 문중이 종중 유사단체로서 당사자능력을 가졌는지가 쟁점이 된 사건 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846

◇1. 어느 문중이 종중 또는 종중 유사단체에 해당하기 위해서는 그 구성원이 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 하거나, 망인으로부터 여러 세대가 흘러 망인과 더는 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 구성원이 이루어져야 종중 유사단체에 해당할 수 있는지(소극), 2. 고유종중 또는 종중 유사단체가 당사자능력이 있는지를 판단하는 기준시점(= 사실심 변론종결시)◇

1. 고유 의미의 종중(이하 '고유 종중'이라고 한다)이란 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고 그 선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립하며 그 대수에도 제한이 없고, 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없다. 따라서 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사단체가 될 수 있을 뿐이다. 이러한 종중 유사단체는 비록 그 목적이나 기능이 고유 종중과 별다른 차이가 없다 하더라도 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우 사적 임의단체라는 점에서 고유 종중과 그 성

질을 달리하므로, 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다20567 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 원심이 종종 또는 종종 유사단체에 해당하기 위해서는 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 한다거나, 망 甲으로부터 여러 세대가 흘러 피고 문중이 망 甲과 더 이상 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 이루어져야 비로소 종종 유사단체에 해당할 수 있다는 취지로 판단한 것은 타당하다고 볼 수 없다. 특히 고유 종종외의 경우 어느 선조가 생존하는 동안에는 그 선조의 분묘수호와 봉제사를 위한 종종이 존재할 수 없다고 할지라도(대법원 1990. 7. 10. 선고 89다카33630 판결 참조), 망 甲이 사망한 뒤로 피고 문중이 망 甲을 시조로 하는 종종 유사단체로서의 성격을 지니는 것마저 불가능하다고 볼 수 없다.

나아가 원심이 피고 문중의 회원 중에 망 甲의 동생이 포함되어 있는 반면 망 甲의 일부 손자녀가 누락되어 있음을 언급한 것 역시, 종종 유사단체는 고유 종종과는 달리 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있다는 점을 간과한 것이다.

2. 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은 사실심의 변론종결시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로, 고유 종종 또는 종종 유사단체가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2004다8159 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다6468 판결 등 참조).

그런데, 종종 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재하는 것이다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결 등 참조). 그러므로 피고 문중이 이 사건에서 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 당시까지 위와 같은 요건을 구비하여 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지 여부에 따라 판단하면 되고, 시조인 망 甲이 사망한 시점 내지는 본안에서 그 존재 및 효력 유무가 다투어지는 피고 문중의 2017. 7. 11.자 및 같은 달 26.자 각 총회 시점을 기준으로 판단할 것이 아니다.

물론 이 사건의 경우처럼 총회 결의의 존부나 효력이 다투어지는 사건의 경우에는 해당 총회 결의 당시 단체로서의 실체를 가진 종종 유사단체가 이미 성립, 존재하는 사실이 증명되어야 하는 것이 원칙이고, 만약 그러한 사실이 증명되지 않는다면 해당 총회 결의의 존재 또는 효력을 인정할 수 없는 사유로 삼을 수 있겠지만, 이는 어디까지나 본안청구의 당부를 판단하면서 살펴야 할 문제이고, 소송요건에 속하는 문제인 종종 유사단체의 당사자능력의 유무를 판단할 때 가려야 할 바는 아니다.

☞ 대법원은 이러한 법리를 토대로, 원심이 그 변론종결일 당시가 아니라 이보다 시간적으로 앞선 망인의 사망 전을 기준으로 피고 문중의 당사자능력 유무를 판단한 것은 잘못이라며, 피고 문중의 목적 및 소기의 사업과 관련하여 그 구성원들이 그동안 어떠한 활동을 하여 왔는지 등을 추가로 심리하여 피고 문중이 종종 유사단체로서 비법인사단의 단체성을 갖추었는지를 다시 판단하라는 취지로 파기환송한 사례임

◆ 사찰이 피고 지방자치단체에게 야생차체험관의 철거와 그 대지인도를 구하는 사건에서 독립된 사찰의 당사자능력의 인정여부에 대한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2015다222920 판결

원고 사찰 명의로 등록된 이 사건 토지 위에 피고 지방자치단체가 피고보조참가인 사찰의 승낙을 받아 신축한 야생차체험관에 대하여 원고 사찰이 철거청구를 하였고, 피고지방자치단체와 피고보조참가인 사찰이 원고 사찰에게 실체가 없어 당사자능력이 없다고 본안전항변을 한 사건에서, 전래의 사찰인 당해 사찰이 구 불교재산관리법에 따른 등록은 A종단 소속으로 되어 있지만, 실제 자율적 의사결정에 따라 소속하기로 결정한 종단은 B종단 소속이었을 여지가 있고 그렇다면 A종단 소속인 원고 사찰은 실체가 인정되지 않을 여지가 있으므로 원고 사찰이 독자적 사찰로서 실체를 가지는지를 상세하게 심리하여야 한다는 취지로 파기환송한 사안임

■ 선암사를 두고 대한불교조계종과 한국불교태고종이 장기간 분규를 계속한 사안에서 독립된 사찰로서 실질을 가지고 있는 사찰이 누구인지를 실제 모습을 근거로 판단하여야 한다는 취지의 파기환송

### 제3절 당사자적격

◆ 국가를 상대로 토지소유권확인의 소를 제기하였는데, 그 대장상 소유자 명의인의 인적사항 기재가 없어서 그를 특정할 수 없는 경우 대법원 2021. 7. 21.



## 선고 2020다300893 판결

## 【판시사항】

- [1] 채권자대위소송에서 피대위자인 채무자가 실존인물이 아니거나 사망한 사람인 경우, 소가 적법한지 여부(소극)
- [2] 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구가 확인의 이익이 있는 경우
- [3] 미등기토지에 대하여 토지대장이나 임야대장의 소유자 명의인 표시란에 구체적 주소나 인적사항에 관한 기재가 없어서 그 명의인을 특정할 수 없는 경우, 소유명의인의 채권자가 국가를 상대로 소유명의인을 대위하여 소유권확인인의 확정판결을 받았다면 그 판결을 특정인이 위 토지의 소유자임을 증명하는 확정판결이라고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [4] 확인의 소에서 확인의 이익의 유무가 직권조사사항인지 여부(적극)

## 【판결요지】

- [1] 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 것인바, 피대위자인 채무자가 실존인물이 아니거나 사망한 사람인 경우 역시 피보전채권인 채권자의 채무자에 대한 권리를 인정할 수 없는 경우에 해당하므로 그러한 채권자대위소송은 당사자적격이 없어 부적법하다.
- [2] 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구는 어느 토지가 미등기이고, 토지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와 그 밖에 국가가 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 확인의 이익이 있다.
- [3] 부동산등기법 제65조 제2호는 확정판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자는 미등기의 토지에 관한 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것으로 규정하고 있고, 부동산등기규칙 제46조 제1항 제6호는 보존등기 신청 시 등기권리자의 주소 및 주민등록번호를 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다고 규정한다. 따라서 미등기토지에 대하여 토지대장이나 임야대장의 소유자 명의인 표시란에 구체적 주소나 인적사항에 관한 기재가 없어서 그 명의인을 특정할 수 없는 경우에는 그 소유명의인의 채권자가 국가를 상대로 소유명의인을 대위하여 소유권확인인의 확정판결을 받더라도 이 확인판결에는 소유자가 특정되지 않아 특정인이 위 토지의 소유자임을 증명하는 확정판결이라고 볼 수 없다(등기선례 제201112-2호, 제201005-1호 등도 같은 취지로 규정하고 있다).
- [4] 확인의 소에서 확인의 이익의 유무는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다.

## 제4절 소송대리인

◆ 적법한 종중 대표자에 의한 소제기 및 소송행위의 추인이 없었다고 하여 소를 각하한 원심의 당부가 문제된 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다276973판결

## 【판시사항】

- [1] 종중이 당사자인 사건에서 이미 제출된 자료에 따라 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지를 의심할 만한 사정이 있는 경우, 법원이 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있는지 여부(적극)
- [2] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무
- [3] 갑 종중이 을을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 병으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 갑 종중의 대표자는 병이 아니라 정이었고, 그 후 갑 종중이 원심법원에 대표자를 병에서 정으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 병의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 정에게 적법한 대표권이 있는지에 관하여 석명권을 행사하는 등의 조치를 취하지 않은 채 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니한 잘못이 있다고 한 사례

## 【판결요지】

- [1] 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다. 법원으로서 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없더라도, 이미 제출된 자료에 따라 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.
- [2] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사

자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명 의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.

[3] 갑 종중이 을을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 병으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 갑 종중의 대표자는 병이 아니라 정이었고, 그 후 갑 종중이 원심법원에 대표자를 병에서 정으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 병의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 정에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 해당하므로 원심이 이를 의심할 만한 사정이 있다면 당사자들이 특별히 다투지 않더라도 이를 심리·조사할 의무가 있고, 원심 변론종결 당시까지 당사자 사이에 정의 대표자 지위에 관해서 쟁점이 되지 않았으므로, 원심으로서 당사자에게 이 부분에 관하여 증명이 필요함을 지적하고 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여할 의무가 있는데도, 이러한 조치를 전혀 취하지 않은 채 당사자표시정정신청서 제출 당시 정에게 추인을 할 수 있는 적법한 대표권이 있다고 볼 증거가 부족하다는 이유로 소를 각하한 원심의 판단은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 한 것으로서 석명 의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 한 사례.

☞ 종중인 원고가 권한 없는 자를 대표자로 하여 소제기를 한 후, 원심에서 새로운 대표자를 내세워 기존 소송행위 추인의 취지로 당사자표시정정신청을 하였는데, 원심은 새 대표자의 대표권에 대하여 당사자 사이에 다툼이 전혀 없었음에도 당사자표시정정신청 당시에 대표권이 있다고 볼 증거가 없고, 위 신청을 추인으로 볼 수도 없다는 사유로 소를 각하하였음, 이후 원고가 상고를 하면서 새로 추인서를 제출한 사안으로, 대법원은 석명절차도 없이 당사자가 다투지도 대표권을 문제삼아 소를 각하한 것은 석명 의무 위반이고, 환송 후 원심에서 상고심에서 새로 제출된 추인서까지 포함하여 소송요건을 판단할 필요가 있다고 하였음

## 제3편 제1심 소송절차/변론(심리)

## 제1장 소송의 개시

## 제1절 소의 종류

◆ 점유회수청구의 소가 인용될 것에 대비하여 피고가 점유를 회복할 것을 전제로 한 장래이행청구의 소 대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결

## 【판시사항】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 위 본소와 예비적 반소를 모두 인용하여야 하는지 여부(적극) 및 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 있는지 여부(소극) / 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부(적극)

## 【판결요지】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구의 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기초한 본소와 본권에 기초한 예비적 반소를 모두 인용해야 하고 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다. 이러한 법리는 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

## 제2절 소송요건/소의 이익

◆ 노동조합 설립무효의 확인을 구하는 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결

◇1. 노동조합 설립무효 확인을 구하는 소의 허용 여부(적극) 및 복수 노조 중의 한 노조가 다른 노조를 상대로 이러한 소를 제기할 ‘확인’의 이익’을 가지는지 여부(적극), 2. 노동조합이 주체성과 자주성 등을 흠결한 경우의 법적 효과(원칙적 무효)◇

☞ 복수 노조 중 어느 한 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결한 경우에는 다른 노동조합은 해당 노동조합의 설립무효 확인을 구하는 소의 제기가 가능하다고 판단함으로써, 같은 취지로 판단한 원심판결을 수긍하고 피고의 상고를 기각함

## 제3절 소송물

## 제4절 소송구조

## 제5절 소제기 효과

◆ 일부청구의 청구치지확장과 소멸시효중단 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결

## 【판시사항】

[1] 하나의 채권 중 일부만을 청구하는 소송을 제기한 경우, 소멸시효중단의 효력발생범위  
[2] 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우, 나머지 부분에 대하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하는지 여부(소극) 및 이와 같은 경우 채권자가 당해 소송이 종료된 때부터 6월 내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있는지 여부(적극)

◆ 일부청구와 청구취지확장 및 명시적 제외의 경우 시효중단 여부 대법원 2021. 6. 10. 선고 2018다44114 판결



## 【판시사항】

소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 그 후 채권의 특정 부분을 청구범위에서 명시적으로 제외한 경우, 그 부분에 대하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하는지 여부(소극)

## 【판결요지】

하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소 제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 않는다. 다만 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소 제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하나, 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였더라도 그 후 채권의 특정 부분을 청구범위에서 명시적으로 제외하였다면, 그 부분에 대하여는 애초부터 소의 제기가 없었던 것과 마찬가지이므로 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 않는다.

## ◆ 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 무변론판결을 선고한 사건 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다255085 판결

## ◇제1심법원의 위법한 무변론판결에 대한 항소심의 조치◇

제1심법원이 피고에게 소장의 부분을 송달하였을 때 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 하고(민사소송법 제256조 제1항), 법원은 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있으나(이하 ‘무변론판결’이라 한다), 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 무변론판결을 할 수 없다(같은 법 제257조 제1항). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고하였다면, 이러한 제1심판결의 절차는 법률에 어긋난 경우에 해당한다. 항소법원은 제1심판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 제1심판결을 취소하여야 한다(같은 법 제417조). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고함으로써 제1심판결 절차가 법률에 어긋난 경우 항소법원은 민사소송법 제417조에 의하여 제1심판결을 취소하여야 한다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다72514 판결 등 참조). 다만 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니므로(대법원 2013. 8. 23. 선고 2013다28971 판결 등 참조), 사건을 환송하지 않고 직접 다시 판결할 수 있다.

☞ 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과하여 무변론판결을 선고하였고 피고가 항소하면서 그 위법을 다투었음에도, 원심이 변론을 진행한 후 항소기각의 판결을 선고한 사건에서, 답변서 제출을 간과한 무변론판결 선고는 제1심판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 해당하여 항소법원은 민사소송법 제417조에 따라 제1심판결을 취소하고 환송 또는 자판하여야 함에도 이러한 조치를 취하지 않은 채 항소기각 판결을 선고한 것은 위법하다고 판단하여 파기환송한 사안임

## 제2장 변론(심리)

## ◆ 재판상의 자백으로 인정되기 위한 요건에 관한 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다267900 판결

◇상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것으로 재판상의 자백이 있었다고 볼 수 있는지(소극) ◇

재판상의 자백은 변론기일 또는 변론준비기일에서 상대방의 주장과 일치하면서 자신에게는 불리한 사실을 진술하는 것을 말한다. 자백은 명시적인 진술이 있는 경우에 인정되는 것이 보통이지만, 자백의 의사를 추론할 수 있는 행위가 있으면 묵시적으로 자백을 한 것으로 볼 수도 있다. 다만 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로는 자백이 있다고 인정하기에 충분하지 않다.

☞ 피고가 사해행위 당시 근저당권의 피담보채권액에 관해서는 불분명하게 진술하였을 뿐임에도 이를 당사자 사이에 다툼 없는 사실로 정리하고 그 전제로 판단한 원심에 오류가 있었다고 지적한 사례

## ◆ 수감된 당사자에게 판결정본을 공시송달한 사안 대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다220618 판결

◇1. 법원이 당사자의 수감 사실을 모르고 판결정본을 당사자 주소 등에 공시송달한 경우 송달의 효력이 있는지(적

국), 2. 수감된 당사자는 과실 없이 판결의 송달을 알지 못해 추완항소를 할 수 있는지(적극)◇

당사자가 소송 계속 중에 수감된 경우 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달하였다면, 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 재판장의 명령에 따라 공시송달을 한 이상 송달의 효력은 있다.

수감된 당사자는 민사소송법 제185조에서 정한 송달장소 변경의 신고의무를 부담하지 않고 요건을 갖추지 못한 공시송달로 상소기간을 지키지 못하게 되었으므로 특별한 사정이 없는 한 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소를 할 수 있다. 여기에서 '사유가 없어진 때'란 당사자나 소송대리인이 판결이 있었고 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리킨다. 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 그 사건 기록을 열람하거나 새로 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.

피고가 제1심 법원에 이행권고결정에 대한 답변서를 제출한 직후 교도소에 수감되었고, 제1심은 이러한 사실을 모르고 피고에게 변론기일통지서 등을 발송송달 방법으로 송달하고 원고 청구를 인용하는 판결을 선고한 다음 판결정본을 공시송달 방법으로 송달했으며, 피고가 교도소에서 출소한 후 추완 항소를 하자 원심이 추완 항소를 각하한 사안임

대법원은, 제1심 법원이 피고에 대해 판결정본을 교도소장에게 송달하지 않고 피고 주소지로 공시송달을 한 것은 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있으나 송달의 효력은 있고, 다만 피고는 과실 없이 제1심 판결의 송달을 알지 못하여 책임을 질 수 없는 사유로 항소기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하므로 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 항소를 할 수 있다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기 환송하였음

#### ◆ 보충송달에서 동거인의 범위에 관한 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다244980, 244997 판결

##### (1) 구체적 사안

제1심은 피고의 주민등록지로 소장부분을 송달하여, 피고를 매형이라고 하는 소외인(즉 피고의 처남)이 동거인으로서 소장부분을 수령하였다. 그 후 소외인은 그곳에서 20여회 동거인 자격으로 각종 법원서류를 수령했고, 원심판결정본도 수령하였다. 법원서류가 송달불능된 경우도 수회 있었으나 그 불능사유는 모두 폐문부재이고, 수취인불명 등 기타의 사유는 없다. 피고는 위 원심판결 정본 수령일로부터 4개월 후에 원심판결 선고를 알게 되었다고 주장하면서 추완상고를 하였다.

##### (2) 【판결요지】

민사소송법상 보충송달(제186조 1항)에서는 수송달자의 동거인 등으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 '동거인'은 송달을 받을 사람과 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이기만 하면 되며, 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 자신이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 상소기간을 지키지 못하게 되었다는 사정은 상소를 추후보완하고자 하는 당사자 측에서 주장·증명해야 한다.

##### (3) 평석

보충송달은 계속적으로 문제가 된다. 현대생활의 특징으로서 주민등록지에의 송달의 결과가 폐문부재인 경우가 많고, 또한 수송달자 본인 외의 자가 송달을 수령하는 보충송달이 실무상 빈번하다. 동일 주소지의 배우자 및 직계가족이 송달수령가능한 동거인에 속함은 당연하지만, 그 외의 동거인의 범위에 대하여 대법원은 매형-처남을 포함하여, 수송달자와 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이기만 하면 동거인이 된다는 점을 확실히 한 의미있는 판결이다.

#### ◆ 이혼사건의 화해권고결정 정본이 원, 피고의 자녀甲에게 동시에 송달되어 확정된 후 피고가 추완이의를 신청한 사건 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결

◇동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 송달받은 경우 그 보충송달의 무효 여부(적극)◇

송달은 원칙적으로 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소에서 송달받을 사람 본인에게 교부하는 교부송달이 원칙이나(민사소송법 제178조 제1항, 제183조 제1항), 송달기관이 위와 같은 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 하는 보충송달에 의할 수도 있다(같은 법 제186조 제1항).

보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 소송서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 소송서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 수령대행인이 원고나 피고 중 한 명과도 이해관계의 상충 없이 중립적인 지위에 있기는 쉽지 않으므로 소송당사자 쌍방 모두에게 소송서류가 제대로 전달될 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵다. 또한 이익충돌의 위험을 회피하여 본인의 이익을 보호하려는 데 취지가 있는 민법 제124조 본문에서의 쌍방대리금지 원칙에도 반한다. 따라서 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효라고 봄이 타당하다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결 참조).

☞ 원고가 피고를 상대로 이혼을 청구한 소송에서, '원, 피고가 이혼한다'는 내용의 화해권고결정이 내려졌고, 원, 피고의 자녀 甲이 동시에 원, 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 송달받아 화해권고결정이 확정됨. 이후 피고가 위 화해권고결정 정본의 보충송달은 무효라고 주장하면서 위 화해권고결정에 대해 추완이의를 신청한 사건임

☞ 원심은 위 화해권고결정 정본의 보충송달은 적법하다는 이유로 소송종료선언을 함

☞ 대법원은 甲이 소송당사자 쌍방인 원고와 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 동시에 송달받았는데, 甲이 이해상충 관계에 있는 원고와 피고 모두에게 소송서류를 제대로 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어려우므로, 甲이 피고의 허락을 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 甲이 원고와 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 동시에 송달받은 것은 부적법한 송달로서 무효라고 한 사례

#### ◆ 지역주택조합을 상대로 기납부 조합원분담금 및 행정용역비 상당 금액의 부당이득반환을 구하는 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다277641 판결

◇법원의 변론재개의무가 인정되는 예외적인 요건◇

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결 등 참조).

☞ 원고가 주택법상 무주택자 요건을 갖추지 못한 채 피고와 조합가입계약(1차 계약)을 체결하였다가 부적격자 판정을 받았고 피고의 권유에 따라 원고 소유 주택을 매도하고 매도일 이후 일자로 조합가입계약(2차 계약)을 재체결함. 그러나 원고는 2차 계약 이후 피고로부터 주택조합 설립인가 신청일 기준으로 무주택 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 조합원 제외 통지를 받자 1차 계약은 합의 해제되었고 2차 계약은 무효라는 전제에서 피고에게 기납부 조합원분담금 및 행정용역비 상당 금액의 부당이득반환을 구함. 원고는 원심 변론종결일 이후에야 1차 계약이 자동 해제되었다는 주장을 추가하였는데 원고가 원심 변론종결일 당시 이미 피고의 조합원에서 제외되는 등 제반 사정을 종합하면 원심으로서 변론을 재개하여 적절한 석명을 통하여 추가 심리를 할 필요가 있었다는 이유로 원심판결을 파기한 사례

#### ◆ 제3채무자의 문자메시지가 피보전채권에 관한 추완항소 제기기간 기산점 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결

(1) 구체적 사안

A가 B를 피고로 물품대금을 청구했는데 소장부분 등이 공시송달되고 판결정보도 공시송달로 처리되었다. A가 위 판결에 기하여 B의 C에 대한 예금채권에 대해 압류·추심명령을 받았고, 그 명령을 송달받은 C가 B에게 "법원 요청으로 금일 압류되었음, 사건번호 000, 채권자 A, 법원전화번호 XXX"라는 내용의 문자메시지를 보내서 B가 받았다. B는 두 달이 넘은 후에야 위 압류·추심명령 사건기록을 열람·복사하였고, 그 후에 판결정본을 수령하고 추완항소장을 제출했다. 원심은 위 문자메시지로써 B가 자신을 채무자로 한 판결이 있었던 사실을 알았다고 보아서, 그때부터 2주가 넘어서 제기된 추완항소는 부적법하다고 보았다.

## (2) 【판결요지】

판결정본이 공시송달로써 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한, 피고는 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주 내에 추완항소를 할 수 있다. 여기에서 '사유가 없어진 후'라고 함은 단순히 판결선고사실을 안 때가 아니고 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것이다. 그리고 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건기록을 열람하거나 또는 새로 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되는 것이다. 다만 피고가 그 판결선고사실을 알고 사회통념상 그 경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정이 있었던 경우에는 그 경위에 관해 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 판결이 공시송달로 송달된 사실을 알게 된 것으로 추인하여 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당하겠지만, 이 경우 '당해 판결이 있었던 사실을 알게 된 것'과 더불어 '판결의 경위에 대하여 알아볼 만한 특별한 사정'이 인정되어야 한다.

## (3) 평석

대법원은 추완항소 대상인 1심판결서 자체를 받아본 경우는 당연히 추완항소 제기 기산점이라고 본다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다25670 판결). 나아가서 제1심판결이 있었던 사실을 알게 된 후 그 대처방안에 관하여 변호사와 상담을 하거나 추완항소 제기에 필요한 해외거주증명서 등을 발급받은 경우에도 '판결의 경위에 대하여 알아볼 만한 특별한 사정'을 인정함으로써 기산점으로 삼는다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다21222 판결). 그러나 유체동산 압류집행을 당하였다는 사정만으로는 위의 특별한 사정을 인정하지 않으며(대법원 2019. 9. 9. 선고 2019다217179 판결), 나아가 채권추심회사 직원과의 통화 과정에서 사건번호 특정 없이 단지 "판결문에 기하여 채권추심을 할 것"이라는 말을 들은 경우에도 당해 1심판결을 알았다거나 위의 특별한 사정이 인정된다고 볼 수 없다고 판시한 것도 있다(대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다17836 판결). 위 문자메시지상 압류·추심명령의 사건번호만 적시되었을 뿐이고 추완항소대상인 1심판결 자체는 적시되지 않았다는 점을 고려하여, 그 문자메시지 수령은 추완항소 제기기간 기산점이 될 수 없다고 판시한 것은 적어도 명확한 판결이 있음을 전제로 절차보호를 목적으로 하는 것이라고도 본다.

## ◆ 공시송달 사건에서 추완항소의 제기기간 기산점 : 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다228745 판결

## (1) 구체적 사안

A가 B를 피고로 한 대여금 승소판결을 2004년에 받았으나 2014년에는 그 소멸시효연장을 위한 재소가 각하되었는데, A는 2019년 7월 19일 "B가 일부변제로써 2004년 판결금 채무를 승인하고 시효이익을 포기했으며, 소멸시효연장을 위해 다시 소장제한다"는 내용의 소장을 제출했다. 주소지에의 송달이 수회 폐문부재로 미송달됨에 따라 소장부분 등이 공시송달로 송달되고 제1회 변론기일이 진행되었으며, 제2회 변론기일도 공시송달로써 통지되었다. 제1회 기일의 다음날에 법원 직원이 피고의 휴대전화번호로 전화하여 피고에게 "소장부분을 피고 주소지로 송달하겠다"고 고지하고 제2회 변론기일과 장소를 알려주었다. 그 직후 법원은 공시송달을 취소하고 다시 송달했으나 폐문부재로 미송달되었고, 법원은 피고불출석 상태에서 제2회 변론기일을 진행하여 변론을 종결한 후 원고승소판결을 선고하고 판결정본도 공시송달하였다. B는 약 반년 후 판결정본을 발급받고 그 직후에 추후보완항소장을 제출했다. 제2심은, 피고가 1심판결이 공시송달로써 송달된 사실을 몰랐더라도, 이 사건은 피고가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었던 경우에 해당하지 않는다고 판단하여, 피고의 추후보완항소를 각하하였다.

## (2) 【판결요지】

특별한 사정이 없는 한 피고가 판결정본을 발급받은 날에야 비로소 판결이 공시송달로써 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다. 피고가 소송을 회피·곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 않았다고 볼 특별한 사정을 찾을 수 없고, 소장부분 등이 이미 공시송달로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부분 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로는 제1심판결이 공시송달로써 송달된 사실을 피고가 모른 데 대하여 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있다고 선불리 단정하기 어렵다. 파기환송.

## ◆ 외국판결의 송달에 관한 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결

## 【판시사항】

민사소송법 제186조 제1항, 제2항의 보충송달 방식이 민사소송법 제217조 제1항 제2호에서 정한 '적법한 송달'에 포함되는지 여부(적극)

## 【판결요지】



[다수의견] 민사소송법 제186조 제1항과 제2항에서 규정하는 보충송달도 교부송달과 마찬가지로 외국법원의 확정재판 등을 국내에서 승인·집행하기 위한 요건을 규정한 민사소송법 제217조 제1항 제2호의 ‘적법한 송달’에 해당한다고 해석하는 것이 타당하다. 보충송달은 민사소송법 제217조 제1항 제2호에서 외국법원의 확정재판 등을 승인·집행하기 위한 송달 요건에서 제외하고 있는 공시송달과 비슷한 송달에 의한 경우로 볼 수 없고, 외국재판 과정에서 보충송달 방식으로 송달이 이루어졌더라도 그 송달이 방어에 필요한 시간 여유를 두고 적법하게 이루어졌다면 위 규정에 따른 적법한 송달로 보아야 한다. 이와 달리 보충송달이 민사소송법 제217조 제1항 제2호에서 요구하는 통상의 송달방법에 의한 송달이 아니라고 본 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다65815 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.

[대법관 김재형의 의견] 엄밀한 의미에서 ‘판례’는 ‘특정 사건과 관련한 쟁점에 관하여 대법원이 판단한 법령의 해석·적용에 관한 의견’을 가리킨다. 즉, 대법원판결에서 추상적 형태의 법명제로 표현된 부분이 모두 판례인 것은 아니고, 그중 특정 사건의 쟁점을 해결하는 데 필요한 판단 부분만이 판례이다. 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결과 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다65815 판결에는 ‘민사소송법 제217조 제1항 제2호의 규정에 따른 송달이란 보충송달이나 우편송달이 아닌 통상의 송달방법에 의한 송달을 의미한다.’는 부분이 포함되어 있다. 다수의견은 이 부분이 ‘대법원이 판단한 법률의 해석·적용에 관한 의견’으로서 판례에 해당하고 이 사건에서 그에 반대되는 판단을 하므로, 판례 변경이 필요하다는 것을 전제하고 있다. 그러나 위 두 판결에서 판단한 ‘보충송달의 적법성’은 직접적 쟁점이 아니었으므로 ‘보충송달의 적법성’에 관한 부분은 방론에 해당하여 엄밀한 의미에서 판례라고 볼 수 없고, 위 두 판결과는 사안이 다른 이 사건에서 판례를 반드시 변경해야 하는 것은 아니다.

### 제3장 증거법

◆ 건물철거 및 토지인도 청구에 대하여 신의성실의 원칙 위반 항변을 한 사건에 대한 대법원 2021. 9. 16. 선고 2021다200914(본소) 판결, 200921(반소)

◇신의성실의 원칙 위반 항변에 대한 판단 시 석명의무◇

민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 같은 조 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 그러므로 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불이익의 타격을 가하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 범한 것이 된다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다30687 판결 등 참조).

☞ 토지 소유자인 원고가 그 지상의 피고 소유 건물 철거 및 그 부지 부분 인도를 청구한 데 대하여, 피고는 취득시효 완성을 이유로 원고의 청구가 신의칙에 위반된다고 항변하고 반소로서 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였을 뿐, 원고 및 피고의 조부 작성의 이 사건 인증서의 효력으로 피고의 아버지가 건물 부지 부분을 유증 받았음을 전제로 피고가 아버지를 대위하여 원고에게 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다고 주장하며 신의칙 위반 항변을 한 바는 없었던 사안임

☞ 원심은, 이 사건 인증서의 기재에 유증의 효력이 인정되는지 여부, 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구권의 존부 등에 관하여 당사자들에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사하지 아니한 채 원고 및 피고의 조부가 이 사건 인증서에 의하여 피고의 아버지에게 건물 부지 부분을 유증하였다고 인정하고, 토지의 명의수탁자였던 원고의 아버지가 유증의 취지에 따라 피고의 아버지에게 부담하던 건물 부지 부분에 대한 소유권이전등기의무를 상속해 의해 원고가 부담하게 되었다고 보아 피고의 신의칙 위반 항변을 받아들였음. 이러한 원심의 판단에는 석명의무를 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아, 본소 부분을 파기환송한 사례

◆ 사실심 변론종결 후 정정심결이 확정된 사안에서 정정 전 청구항을 대상으로 진보성 부정 여부를 판단한 사건[대법원 2020. 11. 26. 선고 2017후2055 판결]

◇1. 원심 변론종결 후 정정심결이 확정된 경우 이러한 사정을 상고이유로 주장할 수 있는지(소극) 및 이때 진보성

판단의 대상(정정 전 명세서), 2. 이 사건 제1항 발명의 진보성이 부정되지 않는다는 원심 판단에 잘못이 있는지(소극), 3. 특허심판원의 심결을 취소하는 원심판결이 확정된 이후의 심리절차◇

☞ 피고들의 이 사건 특허발명은 ‘안전보호대의 제조방법 및 그 제조방법에 의하여 제작된 안전보호대’에 관한 것임

☞ 원고는 이 사건 특허발명 중 청구항 1에 대하여 무효심판을 청구하였고, 특허심판원은 진보성이 부정되지 않는다고 보아 원고의 청구를 기각하였으나, 원심은 진보성이 부정된다고 판단하여 심결을 취소하였음. 원심판결에 대하여 피고들이 상고하였고, 상고심 계속 중 피고들이 정정심판을 청구하였으며, 이후 정정이 인용, 확정되었음

☞ 정정심결의 확정을 상고이유로 주장할 수 없고, 정정 전 청구항 1의 진보성을 부정한 원심의 판단에 잘못이 없다는 이유로 상고를 기각한 사안

☞ 사실심 변론종결 이후 정정심결이 확정되더라도 정정 전 명세서 등으로 판단한 원심판결에 재심사유가 있는 것은 아니라는 대법원 2016후2522 전원합의체 판결의 취지에 따라, 정정심결의 확정에도 불구하고 정정 전 명세서 등을 대상으로 진보성 부정 여부를 판단하고, 특허심판원의 심결을 취소하는 원심판결이 확정된 이후의 심리절차에 관하여도 밝힘

#### ◆ 택시 운전기사의 가동연한이 문제된 사건 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018다285106 판결

◇택시 운전기사가 정년을 지나 기간을 정하여 근로계약을 체결한 경우 가동연한을 정하는 기준◇

사실심 법원이 일일수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에는 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 여러 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하거나 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 가동연한을 인정할 수 있다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결 참조).

대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결은 육체노동자의 가동연한에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.

육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험칙이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었음은 위에서 본 바와 같다. 원심은 경험칙의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험칙에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출하거나 갑의 가동연한을 새로이 도출된 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 가동연한을 정하였어야 한다. 특히 갑이 정년퇴직한 후 피고와 1년 단위로 근로계약을 체결하는 방식으로 택시운전 업무를 계속하고 있었으므로, 해당 직종 종사자의 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율, 근로조건, 정년 제한, 연령별 분포, 증감 비율과 증감 원인 등과 함께 갑의 연령, 경력, 건강 상태와 업무의 특성 등 구체적 사정을 심리하여 갑의 가동연한을 정할 필요가 있다.

☞ 갑은 택시회사인 피고 소속 택시 운전기사인데, 동료 기사인 을과 몸싸움을 하다 사망하자 갑의 상속인들인 원고들이 사용자인 피고를 상대로 사용자책임에 기하여 손해배상을 구한 사안임. 원심은 갑이 사망 당시 피고의 정년 60세를 넘겨 1년 단위로 근로계약을 체결하고 있었고, 사고 이후 다시 피고와 1년간 재계약을 체결하더라도 그 계약기간 만료 시점에 만 63세인 점 등을 고려하여 갑의 가동연한을 만 63세까지로 인정함

☞ 육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험칙이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었으므로, 경험칙의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험칙에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출해야 한다는 등의 이유로 일일수입에 관한 원심판결을 파기.환송함

#### ◆ 국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자의 가해자에 대한 치료비 손해배상채권액의 산정 방식 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결

◇1. 국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 뒤 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 대위의 범위(=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액), 2. 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자에게 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상액의 산정방식(=공제 후 과실상계 방식)◇

#### ◆ 동일한 사실관계에 관한 확정된 형사판결이 인정한 사실의 증명력 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다243430 판결



**【판시사항】**

동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결에서 유죄로 인정된 사실이 민사재판에서 갖는 증명력

**【판결요지】**

원래 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 된다고 할 것이므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다.

## 제4편 소송의 종료

## 제1장 총설

## 제2장 당사자 행위에 의한 종료

## ◆ 긴급조치 제9호 관련한 정신적 손해에 대한 국가배상을 청구한 사건 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결

◇1. 수사과정에서 이루어진 가혹행위 등 위법행위로 인하여 긴급조치 제9호 위반의 범죄사실로 유죄판결을 선고받고 복역하였으나 재심에서 무죄판결이 확정된 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효, 2. 제1심이 피해자에 대한 배상이 장기간 지연된 사정을 참작하여 예외적으로 제1심 변론종결일을 기준으로 위자료를 산정하였는데 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금 발생일(=위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일), 3. 원고들이 구 민주화보상법에 따른 보상금 등 지급결정에 동의하고 보상금 등을 수령하였더라도 정신적 손해인 위자료에 대해서까지 구 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해가 성립된 것으로 볼 수 없다고 판단한 원심이 타당한지 여부(적극)◇

## ◆ 선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부에 대한 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결

◇1. 선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우에 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부(소극), 2. 원금뿐만 아니라 지연손해금에 대해서도 압류·추심명령이 내려진 경우 추심금 소송에서 위 압류된 지연손해금에 대해서도 다시 지연손해금을 부담하는지(적극)◇

1. 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 여기에서 ‘같은 소’는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2015다16620 판결 참조). 원심은 ‘선행 추심소송은 이 사건 소를 제기하기 전에 이미 소송계속이 소멸하였으므로 중복제소에 해당하지 않고, 원고들은 선행 추심소송과 별도로 자신의 ○○○에 대한 채권의 집행을 위하여 이 사건 소를 제기한 것이므로 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 볼 수 있어 재소금지 규정에 반한다고 볼 수도 없다’는 이유로 피고들의 주장을 배척하였다. 위에서 본 사실과 함께, □□□이 선행 추심소송에서 패소 판결을 회피할 목적 등으로 종국판결 후 소를 취하하였다거나 원고들이 소송제도를 남용할 의도로 이 사건 소를 제기하였다고 보기 어렵다는 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 중복제소나 재소금지 규정에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다59237 판결 참조). 원고들은 이 사건 채권압류 및 추심명령을 신청할 당시 이 사건 정산금 채권 원금과 이에 대하여 2004. 2. 13.부터 2016. 7. 26.까지 발생한 지연손해금을 합산하여 압류 및 추심할 채권으로 특정하였고, 위 채권 전부를 피고 △△△ 등에게 청구하는 추심금의 원금으로 삼아 이 사건 소를 제기하였다. 이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 채권압류 및 추심명령 신청 당시 압류 및 추심할 채권으로 표시된 이 사건 정산금 채권의 지연손해금 부분은 확정된 지연손해금채무로 볼 수 있으므로 피고 △△△ 등은 원고들로부터 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다.

☞ 추심채권자가 제3채무자인 피고들을 상대로 추심금 소송을 제기하였다가 항소심에서 소취하를 하였는데, 그 후 압류·추심명령을 받은 또다른 추심채권자인 원고들이 다시 피고들을 상대로 추심금 청구를 한 사건에서, 후소는 권리보호이익을 달리 하여 재소금지 원칙에 위반되지 않고, 또한 압류채권에 포함된 지연손해금은 확정된 지연손해금채무로서 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 다시 지체책임을 부담한다고 본 사례임

## ◆ 후소의 항소심 법원의 화해권고결정으로 후소가 취하되고 나서 양수금 채권자가 전소 항소심에 승계참가한 경우에는, 민사소송법상 소취하후 재소금지 법리가

적용되지 않는다고 한 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다230229 판결

## 【판시사항】

- [1] 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 ‘원고는 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.’는 내용의 화해권고결정이 확정되어 소송이 종결된 경우, 민사소송법 제267조 제2항의 규정에 따라 같은 소를 제기하지 못하는지 여부(적극)
- [2] 재소금지 원칙을 규정한 민사소송법 제267조 제2항의 취지 및 위 규정의 취지에 반하지 아니하고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있는 등 취하된 소와 권리보호이익이 동일하지 않은 경우에는 다시 소를 제기할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 갑 주식회사가 을을 상대로 대여금청구 소송을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받았고, 그 후 갑 회사로부터 대여금 채권을 양수한 병 유한회사가 을을 상대로 양수금청구 소송을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받았으며, 을이 위 판결들에 대하여 각 추완항소를 제기하였는데, 양수금청구 소송의 항소심법원이 ‘병 회사는 소를 취하하고, 을은 소취하에 동의한다.’는 내용의 화해권고결정을 하였고, 화해권고결정이 확정되기 전 병 회사가 대여금청구 소송의 항소심에서 승계참가신청을 한 사안에서, 병 회사의 승계참가신청이 재소금지 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한 사례

## 【판결요지】

- [1] 화해권고결정에 ‘원고는 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.’는 화해조항이 있고, 이러한 화해권고결정에 대하여 양 당사자가 이의하지 않아 확정되었다면, 화해권고결정의 확정으로 당사자 사이에 소를 취하한다는 내용의 소송상 합의를 하였다고 볼 수 있다. 따라서 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 이러한 화해권고결정이 확정되어 소송이 종결된 경우에는 소취하한 경우와 마찬가지로 민사소송법 제267조 제2항의 규정에 따라 같은 소를 제기하지 못한다.
- [2] 민사소송법 제267조 제2항은 소취하로 인하여 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 것을 방지하기 위한 제재적 취지의 규정이므로, 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람이라 할지라도 이러한 규정의 취지에 반하지 아니하고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있는 등 취하된 소와 권리보호이익이 동일하지 않은 경우에는 다시 소를 제기할 수 있다.
- [3] 갑 주식회사가 을을 상대로 대여금청구 소송을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받았고, 그 후 갑 회사로부터 대여금 채권을 양수한 병 유한회사가 을을 상대로 양수금청구 소송을 제기하여 공시송달에 의한 승소판결을 선고받았으며, 을이 위 판결들에 대하여 각 추완항소를 제기하였는데, 양수금청구 소송의 항소심법원이 ‘병 회사는 소를 취하하고, 을은 소취하에 동의한다.’는 내용의 화해권고결정을 하였고, 화해권고결정이 확정되기 전 병 회사가 대여금청구 소송의 항소심에서 승계참가신청을 한 사안에서, 화해권고결정의 확정으로 양수금청구 소송이 취하된 것과 같은 효과가 발생하였는데, 이는 병 회사가 을의 추완항소로 인하여 생긴 소송계속의 중복상태를 해소하고 먼저 소가 제기된 대여금청구 소송을 승계하는 방법으로 소송관계를 간명하게 정리한 것일 뿐이므로, 종국판결 선고 후 양수금청구 소송을 취하하는 소송상 합의를 한 동기와 경위에 비추어 보면 병 회사의 승계참가신청이 화해권고결정의 확정으로 종결된 양수금청구 소송과 당사자와 소송물이 동일하더라도 이는 재소금지에 관한 민사소송법 제267조 제2항의 취지에 반하지 아니하고, 승계참가신청을 통해 대여금청구 소송을 승계할 정당한 사정이 있는 등 양수금청구 소송과 권리보호이익이 동일하지 않아 위 승계참가신청이 재소금지 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한 사례.

## 제3장 종국판결에 의한 종료

◆ 선행 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 효력이 다른 채권자가 제기한 추심금소송에 미치는지 문제된 대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390판결

◇1. 추심금소송에서 추심채권자가 제3채무자로부터 채권의 일부만 지급받고 나머지 금액에 대한 청구를 포기하는 내용의 재판상화해를 한 경우 ‘나머지 청구 포기’의 의미, 2. 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력이 그 소송의 변론종결일 이전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극), 3. 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 기판력이 화해권고결정 확정일 전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극)◇

☞ 채권자 甲이 채무자의 제3채무자인 피고들에 대한 정산금채권에 대해 채권압류·추심명령을 받은 뒤 제기한 추심금소송에서 ‘제3채무자는 피고들에게 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구는 포기한다’는 내용의 화해권고결정이

확정되었는데, 甲보다 먼저 채권압류·추심명령을 받았던 원고가 甲이 추심한 위 9,000만 원에 대해 안분배당을 받은 뒤 피고들을 상대로 甲이 위 추심금소송에서 포기한 나머지 부분을 구하는 이 사건 소를 제기함

☞ 원심은 채권자대위소송 판결의 기판력에 관한 법리에 따라 추심금소송에도 마찬가지로 적용되고, 채무자가 선행 추심금소송의 계속 사실을 알았으므로 선행 추심금소송의 화해권고결정의 기판력이 원고에게 미친다는 이유로 원고 패소 판결함

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로, 선행 추심금소송에서 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정되었더라도, 나머지 청구 포기 부분은 甲이 피고들에 대하여 추심권을 더 이상 행사하지 않겠다는 뜻이고 甲이 채무자의 피고들에 대한 채권 자체를 포기한 것으로 볼 수 없으므로, 甲의 추심권 포기는 별도의 채권압류 및 추심명령을 기초로 이 사건 추심의 소를 제기한 원고에게는 그 효력이 미치지 않고, 설령 원심과 같이 甲이 선행 추심금소송에서 피압류채권 자체를 포기한 것으로 보더라도 화해권고결정 확정일 전에 위 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 원고에게 화해권고결정의 기판력이 미치지 않으므로, 피고들이 공탁하여 변제한 9,000만 원 외 나머지 채권이 존재한다면, 원고는 피고들을 상대로 그 지급을 구할 수 있다고 판단함. 또한 원심이 원용한 대법원 93다52808 판결은 채권자대위소송에서 채권자 패소 판결이 확정되었던 사안에 관한 것으로서, 추심금소송에서 청구 일부를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정된 경우 그 포기의 의미가 문제된 이 사건과는 사안이 다르고, 나아가 채권자대위소송과 추심금소송은 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 존부로서 같다고 볼 수 있지만 그 근거 규정과 당사자적격의 요건이 달라 채권자대위소송의 기판력과 추심금소송의 기판력을 반드시 같이 보아야 하는 것은 아니어서 위 판결을 이 사건에 적용하는 것은 적절하지 않다고 보아, 원심판결을 파기 환송함

◆ 구로동 분배농지 사건과 관련하여, 원고들이 피고 대한민국의 불법행위로 수분배권을 상실하였음을 이유로 손해배상을 구하는 사건에 관한 대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다219690 판결

#### 【판시사항】

[1] 확정판결의 기판력이 미치는 범위

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부에는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례

#### 【판결요지】

[1] 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니다.

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 위 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계는 갑 등의 국가에 대한 소유권이전등기청구권의 존부에 한정되고, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례.

## 제5편 상소/재심 절차

## 제1장 총설

## 제2장 항소

◆ 항소장부분 송달불능시 항소장 각하 여부에 대한 대법원 2021. 4. 22.자 2017마6438 전원합의체 결정

## (1) 구체적 사안

제1심이 원고 일부승소 판결을 선고하자, 피고만 항소하였다. 그런데 항소장 부분이 '수취인불명'을 이유로 송달불능되었다. 제2심 재판장은 피고에게 주소보정을 명했으나 피고가 그 보정명령을 받은 날부터 55일이 지나도록 원고의 주소를 보정하지 않자, 제2심 재판장은 항소장각하명령을 했다. 피고가 즉시항고하였다.

## (2) 【결정요지】

위의 경우에 항소장각하명령을 내려야 한다는 기존의 판례는 민사소송법 제402조 제1항, 제2항의 문언 해석에 부합하고, 이는 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미이며, 항소심재판장의 주소보정명령이 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담을 부과하는 것도 아니다. 종래의 입장은 유지되어야 한다.

소수의견: 소장 부분의 송달불능과 달라서, 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 것에 불과하며, 항소인이 그 송달불능을 초래한 것이 아니다. 그럼에도 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 부당하고, 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판이다. 판례는 변경되어야 한다.

## (3) 평석

항소장을 각하하면 1심판결이 그대로 확정되므로 항소인에게 가혹할 수 있으므로 절차보장을 중시하는 입장에서는 민사소송법 제402조의 문언의 의미를 벗어나 해석하는 것이라는 비판을 변할 수 없다.

## 제3장 상고

◆ 상고장 인지를 송달료로 잘못 납부하여 상고장이 각하된 사건대법원 2021. 3. 11.자 2020마7755결정

◇상소장 인지 보정명령에 따라 인지액 상당의 현금을 송달료로 잘못 납부한 경우 상소장을 심사하는 재판장이 신청인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 기회를 부여하여야 하는지 여부◇

상소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 않은 경우 원심 재판장은 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 흠을 보정하도록 명해야 하고, 상소인이 위 기간 내에 흠을 보정하지 않은 때에는 원심 재판장은 명령으로 상소장을 각하해야 한다(제399조, 제425조).

상소인이 인지의 보정명령에 따라 인지액에 해당하는 현금을 수납은행에 납부하면서 잘못하여 인지로 납부하지 않고 송달료로 납부한 경우에는 인지가 납부되었다고 할 수 없어 인지 보정의 효과가 발생하지 않으나, 그 경우에도 인지액에 해당하는 현금을 송달료로 잘못 납부한 상소인에게는 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여함이 타당하다. 원심 재판장은 인지 보정명령 이후 수납은행의 영수필확인서와 영수필통지서가 보정기간 내에 제출되지 않았다고 하더라도 곧바로 상소장을 각하해서는 안 된다. 인지액에 해당하는 현금이 송달료로 납부된 사실이 있는지를 관리은행 또는 수납은행에 전산 그 밖에 적당한 방법으로 확인하고 만일 그러한 사실이 확인되는 경우 상소인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지에 관하여 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여해야 한다. 이러한 보정의 기회를 부여하지 않은 채 상소장을 각하하는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 것으로 위법하다(대법원 2014. 4. 30.자 2014마76 결정).

☞ 재항고인은 항소심 판결에 대하여 상고장을 제출하였는데 상고심 인지를 보정하라는 명령을 받고 인지액에 해당하는 현금을 송달료로 납부한 상태에서 항소심 재판장이 보정명령 불이행을 이유로 상고장 각하명령을 한 사안임. 항소심 재판장은 재항고인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 기회를 주어야 했다는 이유로, 원심결정을 파기.환송함

◆ 항소심에서 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 의한 판결서 간략 기재 가능 여부 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020다259506판결

◇판결에 이유의 기재가 누락되거나 불명확한 경우, 민사소송법 제424조 제1항 제6호의 절대적 상고이유가 되는지 여부 및 항소심에서 민사소송법 제208조 제3항 제3호를 적용하여 판결 이유 간략 기재가 가능한지 여부◇

1. 판결서에는 그 이유를 기재하여야 하고, 그 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다(민사소송법 제208조 제2항). 판결에 이유를 기재하도록 하는 법률의 취지는 법원이 증거에 의하여 인정한 구체적 사실에 법규를 적용하여 결론을 도출하는 방식으로 이루어진 판단과정이 불합리하거나 주관적이 아니라는 것을 보장하기 위하여 그 재판과정에서 이루어진 사실인정과 법규의 선정, 적용 및 추론의 합리성과 객관성을 검증하려고 하는 것이므로, 판결의 이유는 그와 같은 과정이 합리적·객관적이라는 것을 밝힐 수 있도록 그 결론에 이르게 된 과정에 필요한 판단을 기재하여야 하고, 그와 같은 기재가 누락되거나 불명확한 경우에는 민사소송법 제424조 제1항 제6호의 상고이유가 된다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다38624 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다53110 판결 등 참조).

2. 민사소송법 제208조 제2항의 규정에도 불구하고 제1심 판결로서 ‘피고가 민사소송법 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결(이하 ‘공시송달 판결’이라 한다)’에 해당하는 경우에는 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다(민사소송법 제208조 제3항 제3호). 한편 항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 민사소송법 제2편 제1장 내지 제3장에서 정한 제1심의 소송절차에 관한 규정을 준용하지만(민사소송법 제408조), 같은 법 제208조 제3항 제3호를 준용하는 규정은 별도로 두고 있지 않다. 오히려 항소심이 판결 이유를 적을 때에는 제1심 판결을 인용할 수 있지만, 제1심 판결이 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 작성된 경우에는 이를 인용할 수 없다(민사소송법 제420조). 위와 같은 규정들의 내용과 그 취지를 종합하면, 공시송달 판결을 하는 경우 제1심은 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있지만, 당사자의 불복신청 범위에서 제1심 판결의 당부를 판단하는 항소심은 그와 같이 간략하게 표시할 수 없고, 같은 법 제208조 제2항에 따라 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다.

☞ 항소심에서는 민사소송법 제208조 제3항 제3호를 적용하여 판결 이유를 간략하게 기재할 수 없음에도, 원고들의 이 사건 채무부존재 확인청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 원고들이 항소한 사건에서 피고가 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 않자 제1심 판결을 취소하고 원고들의 위 청구를 인용하는 판결을 하면서 민사소송법 제208조 제3항 제3호를 적용하여 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항만을 간략하게 표시하였을 뿐 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하지 않은 원심판결에는 민사소송법 제208조 제3항 제3호의 적용에 관한 법리를 오해하여 판결의 이유를 제대로 밝히지 않은 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기환송한 사안임

#### 제4장 재심



## 제6편 병합소송

## 제1장 병합청구소송(청구의 병합)

## ◆ 재산상 손해배상과 정신적 손해배상의 부진정 예비적 병합의 허부 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결

◇1. 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 형태의 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극), 2. 부진정 예비적 병합 청구에서 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 경우 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되는지 여부(적극)◇

1. 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등 참조).

2. 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다.

☞ 원고가 제1심에서 재산상 손해배상 청구만을 하다가 청구가 기각되자, 항소심에서 재산상 손해배상이 인정되지 않을 경우 예비적으로 동액의 정신적 손해배상을 구한다고 청구를 추가하였는데, 항소심에서 주문 항소기각을 하고 예비적 청구에 대하여 이유에서 배척만 하고 주문 청구기각을 하지 않은 채 상고가 된 사건에서, 위와 같은 형태의 부진정 예비적 병합 청구도 인정되고, 이 경우 상소가 제기되면 누락된 예비적 청구도 상소심으로 이심된다고 본 사례

## ◆ 점유회수의 본소와 본권에 기한 인도의 반소가 각각 승소한 경우에, 청구이익의 소의 역할 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결

## (1) 구체적 사안

원고는 건물소유자로서 본건 토지를 건물주차장 진출입로로 사용해 왔다. 피고는 토지소유자로서, 토지사용료를 받지 못하자 출입차단 펜스를 설치하였다. 원고는 민법상 점유회수권의 행사로 펜스철거 및 토지인도를 구했고(민법 제205조를 주위적 청구로, 제204조를 예비적 청구로 주장), 피고는 원고청구의 인용에 대비하여 예비적 반소로서 민법 제213조에 기하여 토지를 다시 인도해 달라는 청구를 했다. 원심은 원고의 본소청구 및 피고의 반소청구를 모두 인용하였다.

## (2) 【판결요지】

점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로(민법 제208조) 점유회수 청구에 대하여 점유침탈자가 본권을 가지고 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다. 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본권에 기한 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 본소와 예비적 반소를 모두 인용해야 한다. 본소청구와 예비적 반소청구가 모두 인용되어 확정되면, 점유자가 본소판결에 의한 강제집행으로 물건의 점유를 회복할 수 있다. 본소의 위 집행이 완료된 후에야 비로소 본권자는 반소의 집행문을 부여받아 반소의 강제집행을 할 수 있다. 다만 ① 점유자의 점유회수 집행이 무의미한 점유상태의 변경을 반복하는 거라서 아무런 실익이 없거나 본권자로 하여금 점유회수의 집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반한다고 인정되는 경우, 또는 ② 점유자가 본소 승소 확정판결을 장기간 집행하지 않음으로써 본권자의 예비적 반소 승소 확정판결도 조건불성취로 강제집행에 나아갈 수 없게 되는 특별한 사정이 있다면 본권자는 본소판결에 대한 청구이익의 소로써 본소집행을 저지할 수 있다.

## (3) 평석

민법 제204~206조의 점유소권은 궁극적 권리자가 자신의 권리를 실현하도록 하는 제도가 아니라, 현실적인 물리적 힘의 행사 즉 자력구제를 방지하려는 제도이다. 이런 취지 때문에 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다고 정해진 것이다. 따라서 점유소권을 행사하는 원고를 본권으로써 패소시킬 수 없으므로, 본권자는 예비적 반소로써만 자신의 본권을 행사할 수 있다. 본소 및 예비적 반소가 각각 승소가능하다. 그러나 경우 본소 집행의 실익이 없다고 보고 집행하지 않는 상태가 지속되면 본권자가 이런 상태를 해소하는 방안이 바로 청구이의의 소라는 것을 확실히 한 판례이다.

## 제2장 다수당사자소송(당사자의 복수)

## ◆ 예비적 공동소송에 관한 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다292756 판결

◇1. 주관적.예비적 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대해 상소가 제기되는 경우 상소심의 심판범위, 2. 주관적.예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 한 경우 일부판결인지 전부판결인지 여부 및 이때 누락된 공동소송인이 이를 시정하기 위한 방법◇

주관적.예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고(민사소송법 제70조 제2항), 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 주관적.예비적 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미치므로, 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람에 대하여 상소가 제기되면 다른 공동소송인에 대한 청구 부분도 상소심에 이심되어 상소심의 심판대상이 되고, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적.예비적 공동소송인들 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다(대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다251851 판결 등 참조).

한편, 민사소송법 제70조 제2항은 같은 조 제1항의 예비적.선택적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하도록 규정하고 있으므로, 이러한 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 하는 경우 이는 일부판결이 아닌 흠이 있는 전부판결에 해당하여 상소로써 이를 다투어야 하고, 그 판결에서 누락된 공동소송인은 이를 시정하기 위하여 상소를 제기할 이익이 있다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다49430 판결 등 참조).

☞ 원고는 피고 갑에 대해서 을의 대리에 의한 부동산매매계약의 성립을 주장하면서 소유권이전등기청구를, 피고 을에 대해서 무권대리일 경우 손해배상청구를 하였는데, 제1심에서 피고 갑에 대한 청구는 기각되었으나 피고 을에 대한 청구는 자백간주로 인용되었고, 이에 대해 원고가 피고 갑에 대한 부분에 관하여만 항소하여 원심은 피고 갑에 대하여만 판단하여 항소를 기각하고 피고 을에 대한 부분은 아예 당사자로 보지도 않고 그에 대한 판단도 하지 않았음

☞ 대법원은 피고 갑과 을에 대한 청구는 주관적.예비적 공동소송에 해당하므로 하나의 판결을 선고하여야 함에도 원심이 피고 을에 대한 청구는 심판대상에서 제외되었다고 보아 판단하지 않은 것이 위법하다고 판단하여 원심판결을 전부 파기환송하였음

◆ 편면적 대세효 있는 주주총회결의의 부존재·무효의 확인을 구하는 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정된다고 하여 '유사필수적 공동소송'의 개념을 재확인한 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결

## 【판시사항】

주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우, 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당하는지 여부(적극)

## 【판결요지】

[다수의견] 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소의 경우, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.

[대법관 이기택, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이흥구의 별개의견] 청구를 기각하는 판결은 제3자에 대해 효력이 없지만 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대해 효력이 있는 상법상 회사관계소송에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이러한 소송은 공동소송의 원칙적 형태인 통상공동소송이라고 보아야 한다. 필수적 공동소송의 요건인 합일확정의 필요성을 인정할 수 없어, 민사소송법 제67조를 적용하여 소송자료와 소송 진행을 엄격히 통일시키고 당사자의 처분권이나 소송절차에 관한 권리를 제약할 이유나 필요성이 있다고 할 수 없다.

## ◆ 보조참가신청각하결정에 대한 재항고사건 대법원 2021. 12. 10.자 2021마6702 결정



**【판시사항】**

회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 계속되어 있던 중 채무자에 대한 회생절차가 개시되어 관리인이 소송을 수계하고 부인의 소로 변경한 경우, 채권자취소의 소를 제기한 회생채권자가 보조참가를 할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

**【결정요지】**

소송사건에서 제3자가 한쪽 당사자를 돕기 위하여 보조참가를 하려면 소송결과에 이해관계가 있어야 한다(민사소송법 제71조 참조). 해당 소송에서 판결의 효력이 직접 미치지 않는다고 하더라도 그 판결을 전제로 보조참가를 하려는 자의 법률상 지위가 결정되는 관계에 있으면 이러한 이해관계가 인정된다. 채무자가 채권자에 대한 사해행위를 한 경우에 채권자는 민법 제406조에 따라 채권자취소권을 행사할 수 있다. 그러나 채무자에 대한 회생절차가 개시된 후에는 관리인이 채무자의 재산을 위하여 부인권을 행사할 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제100조, 제105조]. 회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 회생절차개시 당시 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단되고 관리인이나 상대방이 이를 수계할 수 있고(채무자회생법 제113조, 제59조 제2항), 관리인이 기존 소송을 수계하고 부인의 소로 변경하여 부인권을 행사할 수 있다.

회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 계속되어 있던 중 채무자에 대한 회생절차가 개시되어 관리인이 소송을 수계하고 부인의 소로 변경한 경우 소송결과가 채무자 재산의 증감에 직접적인 영향을 미치는 등 회생채권자의 법률상 지위에 영향을 미친다고 볼 수 있다. 따라서 종전에 채권자취소의 소를 제기한 회생채권자는 특별한 사정이 없는 한 소송결과에 이해관계를 갖고 있어 관리인을 돕기 위하여 보조참가를 할 수 있다.

# 2022년 제1차 변호사시험 모의시험(22.6.)

## [제1문의 1]

### <공통된 사실관계>

서울 강남구에 본점이 있는 甲 은행은 2020. 5. 1. 대구 수성구에 주소를 두고 거주하는 乙에게 1억 원을 대여하면서 약관에 의한 대출계약을 체결하였다. 위 약관에는 향후 대출 관련 분쟁이 발생할 경우 '甲 은행의 영업점 소재지 법원'을 관할법원으로 한다는 조항이 포함되었다. 甲 은행의 영업점은 서울, 부산, 대구, 광주에 있었는데, 위 대출계약은 대구 수성구에 있는 영업점에서 체결되었다.

### <아래 추가된 사실관계는 상호 독립적임>

### <추가된 사실관계 1>

위 대출계약 체결 이후인 2021년 상반기에 甲 은행의 영남 지역 소송 관련 업무는 부산 영업점에서 전담하는 것으로 업무조정이 이루어졌다. 이후 乙이 대출원리금을 변제하지 못하는 상황에 이르자, 甲 은행은 2022. 4. 30. 乙을 상대로 대출금반환청구소송을 제기하면서 부산 영업점 소재지를 관할하는 부산지방법원에 소장을 제출하였다. 소장 부분을 송달받은 乙은 관할위반을 주장하면서 대구지방법원으로의 이송을 신청하였다.

## 문제 1.

법원은 乙의 관할위반을 이유로 한 이송신청에 대하여 어떻게 처리하여야 하는가? (15점)

### <추가된 사실관계 2>

甲 은행은 乙에 대한 대출금채권을 자산유동화업무를 하는 丙 유한회사에게 2021. 8. 1. 양도하고 그 무렵 乙에게 채권양도 통지를 하였다. 서울 중구에 본점이 있는 丙 유한회사는 2022. 5. 1. 서울중앙지방법원에 양수금청구소송을 제기하였다. 소장 부분을 송달받은 乙은 관할위반을 주장하며 대구지방법원으로의 이송을 신청하였다.

## 문제 2.

乙의 관할위반 주장은 타당한가? (10점)

## 문제 1.

### 1. 문제의 소재 (2점)

관할위반여부, 관할합의의 유형, 이송신청, 약관규제법에 따른 전속적 관할합의의 해석

### 2. 관할합의의 유형 (3점)

관할을 정하는 합의에는 법정관할 외에 관할법원을 부가하는 부가적 합의와 특정법원에 한해 관할권을 인정하는 전속적 합의가 있으며, 어느 것인지 불명확한 경우에는 합의의 해석에 의할 수밖에 없다.

판례는 경합하는 법정관할법원 중 어느 하나를 특정하는 합의는 전속적이고 그렇지 않은 경우에는 부가적 합의로 보아야 한다는 견해를 따르고 있다(대판 2008. 3. 13, 2006다68209). 다만 판례는 약관에 의한 전속적 합의의 경우에는 약관의 뜻이 명확하지 아니하면 고객에게 유리하게 해석하여야 한다는 입장이다(대법 2009. 11. 13, 2009마1482).

### 3. 약관규제법에 따른 전속적 관할합의의 해석 (4점)

약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래 과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등을 종합하여 볼 때, 당사자 중 일방이 지정하는 법원을 관할법원으로 한다는 것과 다를 바 없거나, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원을 전속적 관할로 하는 약관조항을 작성하여 고객과 계약을 체결함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다고 인정되는 경우라면, 그 약관조항은 약관의 규제에 관한 법률 제14조에 위반되어 무효이다.

그러나 이에 이르지 아니하고 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익한 것에 불과하다면 그 약관조항을 무효라고 할 수는 없을 것이나, 이 경우에도 그 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며, 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

상대방의 내부적인 업무조정에 따라 약관조항에 의한 전속적 합의관할이 변경된다고 볼 경우에는 당사자 중 일방이 지정하는 법원에 관할권을 인정한다는 관할합의 조항과 다를 바 없는 결과를 초래하게 되고, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원을 전속적 관할로 하는 약관조항을 작성하여 고객과 계약을 체결함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 것으로서 무효인 약관조항이라고 볼 수밖에 없다.

그렇다면 특별한 사정이 없는 한 사안의 약관조항에서 말하는 ‘상대방의 관할 영업점 소재지 법원’은 위 대출계약이 체결될 당시 이를 관할하던 상대방의 영업점 소재지 법원을 의미하는 것으로 봄이 타당하다(대결 2009. 11. 13. 2009마1482).

따라서 사안에서 甲 은행과 乙 사이의 대출계약상 약관조항에 근거한 전속적 관할합의의 관할법원은 당초 대출계약이 체결된 대구 수성구를 관할하는 대구지방법원이고, 업무분담 변경으로 영남지역 송무 업무를 처리하게 된 부산지방법원은 대출금반환청구소송의 관할법원이 아니다.

#### 4. 관할위반에 대한 이송신청의 가부 (4점)

- 관할위반의 경우에는 직권으로 관할권 있는 법원으로 이송한다(제34조 제1항).
- 판례는 관할위반의 경우 당사자에게 이송신청권이 없다고 한다(93마524 전합).

#### 5. 결론 (2점)

- 법원은 직권으로 전속적 합의관할 법원인 대구지방법원으로 이송한다.

## 문제 2.

#### 1. 결론 (2점)

타당하다.

#### 2. 이유 (8점)

관할의 합의는 소송법상의 행위로서 합의 당사자 및 그 일반승계인을 제외한 제3자에게 효력이 미치지 않는 것이 원칙이지만, 관할에 관한 당사자의 합의로 관할이 변경된다는 것을 실체법적으로 보면, 권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실체적 이해의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다(대결 2006. 3. 2. 2005마902).

그렇다면 사안에서 甲 은행과 乙 사이의 대출계약상 약관조항에 근거한 전속적 관할합의는 甲 은행으로부터 대출금 채권을 양수한 丙 유한회사에도 미치므로, 관할법원은 대구지방법원이고 서울중앙지방법원에의 소 제기는 위 전속적 관할합의에 위반된다.



## [제1문의 2]

## 문제 1.

甲은 2011. 10. 13. A 토지의 소유권을 취득하였는데, 乙은 그 이전부터 위 지상에 B 건물을 소유하고 있었다. 乙은 甲과의 사이에 위 건물의 소유를 목적으로 A 토지에 관하여 기간의 정함이 없는 임대차계약을 체결하고 甲에게 연간 3,000,000원의 차임을 지급하여 왔다.

甲은 乙을 상대로 B 건물의 철거 및 A 토지의 인도를 구하는 소를 제기하였고, 그 소장 부분이 2020. 11. 23. 乙에게 송달되었다. 이 소송의 변론에서 乙은 위 건물에 대한 매수청구권을 행사하였다.

이러한 경우 법원은 어떻게 재판하여야 하는가? (15점)

## 문제 2.

甲이 A 토지의 각 1/2 지분 공유자인 乙과 丙을 상대로 A 토지를 소유의 의사로 평온·공연하게 점유함으로써 취득시효가 완성되었다는 것을 이유로 각 공유지분에 관한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 2018. 7. 16. 甲의 청구를 모두 기각하는 제1심판결이 선고되었다. 이에 甲이 같은 해 8. 13. 항소를 제기하였고, 같은 해 8. 30. 丙이 항소심 소송대리인을 선임하지 아니한 상태에서 사망하였다. 그런데 丙의 단독 상속인 乙은 그 소송수계절차를 밟음이 없이 丙이 생존하여 있는 것처럼 같은 해 10. 11. 乙과 丙 명의로 변호사 B를 소송대리인으로 선임하여 그 변호사에 의하여 소송절차가 진행되었다.

항소심 법원은 丙이 사망한 사실을 모른 채 변론을 종결한 후 2019. 5. 4. 제1심 판결을 취소하고 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였으며, 그 판결정본이 B에게 송달되었다. 그러자 乙은 같은 해 5. 30. 丙도 상고인의 한사람으로 표시하여 항소심 판결에 대하여 불복한다는 취지의 상고장을 제출하였다. 乙은 같은 해 7. 5.에 이르러 비로소 丙이 사망하였다고 하면서 대법원에 소송수계신청을 함과 동시에 항소심 판결의 절차상 흠에 관하여는 상고이유로 삼지 아니하고 본안에 관하여만 다투는 내용의 상고이유서를 제출하였다.

위 丙의 패소 부분에 관한 상고가 적법한지를 그 논거와 함께 서술하시오. (10점)

## 문제 1.

## 1. 문제의 소재 (2점)

상환이행판결의 가부, 석명권

## 2. 상환이행판결과 석명의무 (10점)

甲과 乙 사이에는 이 사건 대지에 대하여 위 건물의 소유를 목적으로 하여 기간의 정함이 없는 임대차계약이 체결되었다. 甲이 위 건물의 철거 및 이 사건 대지의 인도를 구하는 소장 부분이 乙에게 송달된 날인 2020. 11. 23. 부터 6월이 경과한 2021. 5. 23. 위 각 임대차계약은 적법하게 해지되어 종료되었다. 또 乙이 이 사건 변론에서 위 건물의 매수를 청구하고 있으므로, 甲과 乙 사이에는 위 건물에 대하여 시가 상당액을 대금으로 하는 매매가 이루어졌다고 판단할 수 있다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체판결).

이 사건에서와 같은 원고의 건물철거와 그 대지인도 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수는 없다(대법원 1966.5.24. 선고 66다548 판결; 대법원 1966.6.28. 선고 66다712 판결; 대법원 1972.5.23. 선고 72다341 판결 등 참조).

토지임대인이 그 임차인에 대하여 지상물철거 및 그 대지의 인도를 청구한 데 대하여 임차인이 적법한 지상물매수청구권을 행사하게 되면 임대인과 임차인 사이에는 그 지상물에 관한 매매가 성립하게 되므로 임대인의 청구는 이를 그대로 받아들일 수 없게 된다.

이 경우에 법원으로서의 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다고 봄이 상당하다.

왜냐하면 이처럼 제소 당시에는 임대인의 청구가 이유 있는 것이었으나 제소 후에 임차인의 매수청구권 행사라는 사정변화가 생겨 임대인의 청구가 받아들여질 수 없게 된 경우에는 임대인으로서의 통상 지상물철거 등의 청구에서

전부 패소하는 것보다는 대금지급과 상환으로 지상물명도를 명하는 판결이라도 받았다는 의사를 가질 수도 있다고 봄이 합리적이라 할 것이다.

또 임차인 입장에서 이러한 법원의 석명은 임차인의 항변에 기초한 것으로서 그에 의하여 논리상 예기되는 범위 내에 있는 것이므로 그러한 법원의 석명에 의하여 임차인이 특별히 불리하게 되는 것도 아니고, 오히려 법원의 석명에 의하여 지상물명도와 상환으로 대금지급의 판결을 받게 되는 것이 매수청구권을 행사한 임차인의 진의에도 부합한다고 할 수 있기 때문이다.

또한 위와 같은 경우에 법원이 이러한 점을 석명하지 아니한 채 토지임대인의 청구를 기각한다면, 또다시 지상물명도 청구의 소를 제기하지 않으면 안되게 되어 쌍방 당사자에게 다같이 불리한 결과를 안겨 줄 수밖에 없으므로 소송경제상으로도 매우 불합리하다고 하지 않을 수 없다.(대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체판결).

그렇다면 법원이 이 사건에서 피고가 건물매수청구권을 행사하였다는 이유만으로 원고에게 건물명도를 청구할 의사가 있는지를 석명하여 보지도 아니한 채 원고의 청구를 배척한다면 석명의무의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지르는 것이다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체판결).

\*\* 그러므로 이와 달리 이러한 경우에도 위와 같은 점을 석명하여 심리하지 아니한 것이 위법이 아니라는 취지의 종전의 판례(대법원 1972.5.23. 선고 72다341 판결)는 이 판결에 의하여 변경되었다.

### 3. 결론 (3점)

- 법원은 甲이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 건물의 매수대금 지급과 상환으로 건물의 인도를 청구할 의사가 있는지를 석명하고, 甲이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 건물매수대금 지급과 상환으로 B 건물의 인도 판결을 할 수 있다.

원고가 법원의 석명에 불응하여 청구취지를 변경하지 아니하면 원고청구를 기각하여야 한다.

## 문제 2.

### 1. 결론 (2점)

위 丙의 패소 부분에 관한 상고는 적법하다.

### 2. 논거 (8점)

甲과 丙 사이의 이 사건 소송은 항소심에 계속 중이던 2018. 8. 30. 丙의 사망으로 중단되었다고 할 것이다. 그러므로, 항소심에서 그 상속인인 乙에 의하여 소송수계 등의 절차가 이루어지지 아니한 상태에서 변론이 종결되어 선고된 丙에 관한 항소심 판결에는 소송대리권이 없는 변호사 B가 그 소송행위를 대리한 소송절차상 위법이 있다.

그러나 乙은 丙의 상속인으로서 항소심에서 소송수계 등의 절차를 밟지 아니한 채 사망한 丙 명의로 소송대리인을 선임하여 그 소송행위를 대리하게 하고 패소하자, 다시 丙 명의로 그 패소부분에 관하여 상고까지 하였을 뿐만 아니라 상고심에서 소송수계를 신청하고, 상고이유서를 제출하면서 항소심 판결의 위와 같은 절차상의 흠에 관하여는 상고이유로 삼지 아니하고 그 본안에 관하여만 다투고 있다.

이 사건의 경우와 같이 적법한 상속인들이 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고, 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에도 그 수계와 상고는 적법한 것이라고 보아야 하고, 그 상고를 판결이 없는 상태에서 이루어진 상고로 보아 부적법한 것이라고 각하해야 할 것은 아니다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결).

그밖에 乙의 소송행위는 항소심에서의 위 B 변호사의 소송행위를 추인한 것으로 봄이 상당하다. 그러므로, 민사소송법 제60조(소송능력 등의 흠과 추인), 제424조(절대적 상고이유) 제2항에 의하여 항소심에서의 위 B 변호사의 소송행위는 모두 행위시에 소급하여 적법하게 되었다. 따라서 丙에 관한 항소심 판결의 위와 같은 위법사유는 소멸하였다고 할 것이다.

그러므로 결국 위 丙의 패소 부분에 관한 상고는 적법하다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 전원합의체 판결).

## [제1문의 3]

甲은 강원도 춘천시에 X토지를 소유하고 있는데 乙이 이를 점유하고 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 乙이 X토지를 불법으로 점유하고 있으므로 토지소유권에 기하여 X토지의 인도를 구하는 소(전소)를 제기하였다. (각 설문은 독립적임)

## 문제 1.

위 소송에서 甲은 승소판결을 받았다. 乙이 항소심에서 X토지를 매수하겠다고 약속하자 甲은 이를 믿고 위 소를 취하하였다. 그 뒤 乙이 X토지를 매수하는 것에 소극적인 태도를 보이자 甲은 X토지를 위 소에 관해 알지 못하는 丙에게 매도하였다. 소유권이전등기를 경료받은 丙은 바로 乙을 상대로 X토지의 인도를 구하는 소(후소)를 제기하였다. 변론에서 乙은 丙의 소는 재소금지의 원칙에 반하여 부적법하다고 주장하고 있으며, 법원은 乙의 점유가 권원 없이 이루어진 것으로 판단하고 있다. 법원은 어떠한 재판을 하여야 하는가? (20점)

## 문제 2.

위 소송에서 甲은 패소판결을 받았으며 이는 그대로 확정되었다. 그 뒤 甲은 X토지를 丙에게 매도하고 소유권이전등기를 경료해 주었다. 그 뒤 丙은 乙을 상대로 X토지의 인도를 구하는 소(후소)를 제기하였다. 이에 乙은 丙의 후소는 전소 기판력에 저촉되어 부적법한 소라고 주장하였다. 법원이 丙의 본안에 관한 주장이 모두 이유 있다고 인정하는 경우 어떠한 재판을 하여야 하는가? (15점)

## 문제 1.

## 1. 문제의 소재 (2점)

소취하, 재소금지의 요건

## 2. 재소금지의 의의 (3점)

- 소취하는 소송계속을 소급적으로 소멸시키며 다시 같은 소를 제기할 수 있다.
- 다만 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락될 염려를 방지하기 위한 제재적 조치<sup>1)</sup>로서, 민사소송법 제267조 제2항은 본안에 관하여 종국판결이 있는 뒤에는 이미 취하한 소와 같은 소를 제기할 수 없도록 하고 있다. 이를 재소의 금지라 한다.

## 3. 재소금지의 요건 (12점)

## (1) 당사자 동일 (4점)

- 원고의 포괄승계인은 물론 특정승계인도 원고와 동일하게 보는 것이 판례의 태도(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결)이지만, 재소금지가 소권남용에 대한 제재라는 점에서 전소의 취하를 알면서 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해(이시윤), 재소금지는 종국판결농락에 대한 제재이므로 본인이 아닌 일반승계인, 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해 등이 대립하고 있다.

## (2) 소송물 동일 (2점)

- 같은 소송물을 주장하는 소는 재소금지에 걸린다. 소송물이 같은지 여부는 소송물이론에 따라 달라진다. 전소의 소송물을 선결문제로 하는 권리를 소송물로 하는 재소도 소송물은 다르지만 같은 소로 보는 것이 판례(대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카18023 판결)이다.

## (3) 권리보호의 이익의 동일 (4점)

전소와 권리보호의 이익을 달리하는 재소의 경우에는 재소금지규정에 저촉되지 않는다. 예를 들어 피고가 소유권침해를 중지하여 소를 취하하였는데 다시 침해하는 경우(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결), 피고가 소취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니하여 약정이 해제·실효되는 사정변경이 발생한 경우(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다46399 판결) 등은 새로운 권리보호의 이익이 생긴 경우로서 재소금지의 적용을 받지 않는다.

## (4) 본안에 대한 종국판결 (2점)

본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 경우에만 재소금지의 효과가 발생한다.

## 4. 사안에의 적용 (3점)

1) 판례의 입장이다: 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결.

- 재소금지는 국가적 재재로서 원고의 소권을 박탈하려는 것이므로 재소금지에 해당하는지 여부는 법원의 직권조사 사항이다. 재소금지에 해당하면 재소를 부적법각하하여야 한다.
- 당사자동일, 소송물 동일, 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤의 취하요건을 충족되지만, 위 전소의 취하 후에 토지를 양수한 원고는 그 소유권을 침해하고 있는 피고에 대하여 그 배제를 구할 새로운 권리보호의 이익이 있다고 할 것이므로 전소와 후소는 동일한 소라고 할 수 없어 재소금지규정이 적용될 수 없다(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다 64,65 판결).
- 법원은 乙의 점유가 권원 없이 이루어진 것으로 판단하고 있으므로 원고청구인용판결을 할 것이다.

## 문제 2.

### 1. 문제의 소재 (2점)

기판력의 객관적 범위와 주관적 범위, 변론종결 뒤의 승계인

### 2. 기판력의 범위 (7점)

#### (1) 기판력의 객관적 범위

- 기판력은 판결주문에 포함된 판단에 한하여 발생하는 것이 원칙이며(민사소송법 제216조 제1항), 판결이유에 포함된 판단에는 상계항변에 대한 판단을 제외하고는 기판력이 미치지 않는다(동법 제216조 제2항).

#### (2) 기판력의 주관적 범위

- 기판력은 대립하는 당사자 사이에서만 미치는 것이 원칙(민사소송법 제218조 제1항)이다.
- 다만 당사자 이외에도 변론종결한 뒤에 당사자로부터 소송물인 권리관계에 관한 지위를 승계한 제3자에는 당사자와 상대방 사이에서 내려진 판결의 기판력을 받는다(동법 제218조 제1항).

#### (3) 승계인의 범위

- 1) 변론종결 뒤에 당사자로부터 소송물인 실체법상의 권리의무를 승계한 자는 물론, 소송물인 권리의무 자체는 아니지만 당사자적격(분쟁주체인 지위)의 이전원인이 되는 계쟁물의 권리의전도 널리 승계인에 포함된다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결).
- 2) 승계의 전주가 원고이든 피고이든, 승소자이든 패소자이든 불문한다는 것이 일반적 견해이다. 승계의 모습도 일반승계, 특정승계를 가리지 않으며 승계원인도 임의처분, 국가의 강제처분, 법률의 규정에 기한 것이든 차이가 없다.

### 3. 사안의 적용 (4점)

토지소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은 토지소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로 그 토지인도소송의 사실심변론종결후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고 또 이 경우, 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지인도청구권은 적법하게 승계한 토지소유권의 일반적 효력으로서 발생한 것이고 위 토지인도소송의 소송물인 패소자의 토지인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결).

### 4. 결론 (2점)

丙에게는 전소판결의 기판력이 미치지 않으므로, 법원이 丙의 본안에 관한 주장을 모두 인정한다면 丙의 청구를 인용하는 판결을 선고하여야 한다.

## [제1문의 4]

甲은 이웃동네에 사는 乙로부터 폭행을 당하였다는 이유로 乙에 대해 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 그런데 심리 중 乙은 甲이 폭행당하였다고 하는 시간에 전혀 다른 장소에 있었기 때문에 자신이 불법행위를 할 수 없다고 주장하여 관련된 증거를 조사한 결과 甲을 폭행한 사람은 乙의 동생인 丙으로서 甲이 丙을 乙로 착각한 것으로 밝혀졌다. 이에 甲은 피고 乙을 丙으로 경정하는 신청을 하였다. 법원은 이러한 甲의 피고경정신청을 받아들일 수 있는가? (15점)

## 문제 1.

## 1. 문제의 소재 (2점)

피고의 경정의 적부

## 2. 피고의 경정 (5점)

- 피고의 경정(被告의 更正)은 원고가 피고를 잘못 신청한 때에 피고를 교체하는 것이다(제260조). 이에 의하여 피고의 동일성을 변경하므로, 변경 전의 소와 변경 후의 소는 동일하지 않다.
- 따라서 피고의 경정은 처분권주의의 적용에서 예외가 되는 법제이므로 그 규정을 엄격하게 해석하여야 한다.
- 피고의 경정을 위해서는 원고가 피고를 잘못 지정하였을 것, 경정 전후를 통하여 소송물이 동일할 것, 구 피고의 동의가 있을 것, 제1심 변론종결 전일 것 등의 요건을 충족하여야 한다. 설문은 원고가 피고를 잘못 지정한 경우인가가 문제되는 경우이다.

## 3. 원고가 피고를 잘못 지정한 경우 (6점)

- 피고의 경정은 소의 동일성을 파괴함에도 소송경제를 위하여 예외적으로 인정하는 법제이므로 제한적으로 해석하여야 한다. 따라서 원고가 법률판단을 그르치거나 법인격의 유무에 착오를 일으키는 등의 경우로 한정하여, 증거조사 결과 판명된 사실관계상 피고지정이 잘못된 것으로 밝혀진 경우는 허용되지 않는다. 다만 이에는 반대설이 있다.
- 민사소송법 제234조의2 제1항 소정의 '피고를 잘못 지정한 것이 명백한 때'라고 함은 청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백하거나 법인격의 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 명백한 경우 등을 말하고, 피고로 되어야 할 자가 누구인지를 증거조사를 거쳐 사실을 인정하고 그 인정 사실에 터잡아 법률 판단을 해야 인정할 수 있는 경우는 이에 해당하지 않는다(대법원 1997.10.17. 자 97마1632 결정).
- 이는 달리 말하면 원고가 인식하고 있고 증거로 나타난 사실관계에 비추어 원고가 피고가 되어야 한다고 생각한 자가 사실은 당사자적격이 없는 경우에는 피고경정의 대상이 되지만, 사실심리의 결과 원고가 생각하는 사람과 다른 사람이 원고의 청구에 대한 의무자 등으로 판명된 경우에는 청구를 기각하여야 할 것이므로, 이러한 경우에는 피고경정을 할 수 없다는 것이다.

## 4. 결론 (2점)

- 설문의 사안은 피고의 경정을 할 수 없는 경우이므로 법원은 피고경정신청을 기각하여야 한다.



## [제1문의 5]

## &lt;기초적 사실관계&gt;

전자기기 판매업을 하고 있는 甲은 2014. 3. 10. 乙에게 사무용 컴퓨터 100대를 대당 100만 원씩 총 대금 1억 원에 매도하면서, 위 컴퓨터는 모두 2014. 3. 31. 인도하고, 2014. 4. 30. 위 물품대금을 지급받기로 약정하였다. 甲은 2014. 3. 31. 乙에게 컴퓨터 100대를 모두 인도하였으나, 물품대금지급기일이 지났음에도 물품대금을 지급받지 못하였다. 한편, 乙은 2014. 3. 31. 甲으로부터 인도받은 컴퓨터는 100대가 아니라 80대라고 주장하였다. 甲은 2016. 8. 5. 乙을 상대로 물품대금의 지급을 청구하는 소를 제기하면서 소장에 '일부청구'라는 제목 하에 "원고는 피고에게 1억 원의 물품대금채권을 가지고 있으나 정확한 금액은 추후 관련 자료를 확인하여 계산하고 우선 이 중 일부인 8,000만 원에 대하여만 청구합니다."라고 기재하였다. 甲은 위 소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니하였다. 법원은 2017. 3. 12. '피고는 원고에게 금 8,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 판결을 선고하였고, 위 판결은 2017. 3. 28. 확정되었다.

※ 추가된 사실관계는 각각 별개임.

## &lt;추가적 사실관계 1&gt;

위 판결이 확정된 이후 甲은 乙이 2014. 3. 31. 컴퓨터 100대를 모두 수령하였음을 확인하는 내용으로 작성한 서류를 찾아내었다. 甲은 2017. 8. 10. 乙을 상대로 나머지 물품대금 2,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 소송을 제기하였다. 이 소송에서 乙은 '위 물품대금채권 2,000만 원은 시효로 소멸하였다'고 항변하였다.

## 문제 1.

위 소송에서 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 1) 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용-일부 인용의 경우에는 인용 범위를 특정할 것)과 2) 논거를 기재하시오. (25점)

## &lt;추가적 사실관계 2&gt;

乙은 2018. 2. 20. 컴퓨터 100대를 모두 인도받았음을 인정하며 甲에게 나머지 물품대금 2,000만 원 중 500만 원을 우선 지급하였다. 그 후 甲은 2020. 10. 15. 乙에게 물품대금 1,500만 원의 지급을 요청하였으나 乙이 차일피일 미루며 나머지 물품대금을 지급하지 아니하였다. 甲은 2021. 3. 15. 乙을 상대로 위 1,500만 원을 지급하라는 소를 제기하였다가 이를 취하하였다. 甲은 2021. 7. 15. 乙을 상대로 물품대금 1,500만 원을 지급하라는 소를 다시 제기하였고, 이 소송에서 乙은 '위 물품대금채권 1,500만 원은 시효로 소멸하였다'고 항변하였다.

## 문제 2.

위 소송에서 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 1) 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용-일부 인용의 경우에는 인용 범위를 특정할 것)과 2) 논거를 기재하시오. (25점)

## 문제 1.

## 1. 결론 (3점)

청구 인용

## 2. 논거

## (1) 甲의 물품대금채권의 소멸시효 기간 (3점)

- 甲의 물품대금채권은 상인이 판매한 상품의 대가에 해당하여 3년의 단기 소멸시효에 걸린다(민법 제163조 제6호).
- 甲의 물품대금채권은 변제기의 다음 날인 2014. 5. 1.부터 3년의 소멸시효가 진행된다.

## (2) 명시적 일부청구와 시효중단의 효력

## 1) 재판상청구로 인한 시효중단 - 일부청구 부분 (6점)

- 하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생한다(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결). (1점)
- 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할

뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없으므로, 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결). (3점)

- 사안: 甲이 乙을 상대로 제기한 8,000만 원의 물품대금청구의 소(이하 “선행 소송”라고 한다)와 관련하여, 소장에서 청구의 대상으로 삼은 물품대금 중 일부(8,000만 원)에 대해서는 2016. 8. 5. 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생한다.

- 그러나 甲은 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않았으므로 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없어 나머지 부분(2,000만 원)에 대해서는 2016. 8. 5. 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다. (2점)

## 2) 최고로 인한 잠정적 시효중단 - 나머지 부분 (8점)

- 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자로서는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월 내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결). (5점)

- 선행 소송의 제기로 나머지 부분(2,000만 원)에 대해서는 최고로 인한 잠정적 시효중단의 효력이 발생하고, 소송이 종료된 2017. 3. 28.부터 6월 내에 재판상 청구, 압류, 가압류 등의 시효중단 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다. (3점)

## (3) 사안의 적용 (5점)

- 甲은 선행 소송이 종료된 2017. 3. 28.부터 6월 내인 2017. 8. 10. 乙을 상대로 나머지 부분인 2,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였으므로 선행 소송의 소 제기 시점인 2016. 8. 5. 나머지 부분에 대한 소멸시효가 중단되어 乙의 소멸시효 항변은 인용되지 않는다.

## 문제 2.

### 1. 결론 (2점)

청구 기각

### 2. 논거

#### (1) 甲의 물품대금채권과 소멸시효 완성 (5점)

- 甲의 물품대금채권은 상인이 판매한 상품의 대가에 해당하여 3년의 단기 소멸시효에 걸린다(민법 제163조 제6호).

- 甲은 선행 소송이 종료된 2017. 3. 28.부터 6월 내에 나머지 부분인 2,000만 원의 물품대금채권에 대한 재판상 청구 등의 조치를 취하지 않았으므로, 甲의 위 물품대금채권의 소멸시효는 2017. 4. 30. 완성되었다.

#### (2) 乙의 일부 변제와 시효이익의 포기 (5점)

- 채무의 일부를 변제한 때에도 다른 특별한 사정이 없다면 잔존채무에 대하여도 승인을 한 것으로 보아 시효중단이나 포기의 효력을 인정할 수 있다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결 참조).

- 물품대금채권의 소멸시효 완성 이후 乙이 2018. 2. 20. 甲에게 잔존 물품대금 2,000만 원 중 500만 원을 우선 지급한 것은 시효이익의 포기로 볼 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 잔존한 물품대금채무 전체에 대해서 시효이익 포기의 효력을 인정할 수 있다.

- 일부 변제 후 잔존한 물품대금채권(1,500만 원)은 乙의 시효이익의 포기 시점인 2018. 2. 20.부터 다시 진행된다.

#### (3) 최고, 소 취하와 시효중단의 효력 (3점)

- 최고는 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(민법 제174조).

- 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없고, 소 취하의 경우에 6월내에

재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조).

#### (4) 반복된 최고와 재판상 청구, 시효중단의 효력 (5점)

- 민법 제174조가 시효중단 사유로 규정하고 있는 최고를 여러 번 거듭하다가 재판상 청구 등을 한 경우에 시효중단의 효력은 항상 최초의 최고 시에 발생하는 것이 아니라 재판상 청구 등을 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6월 이내에 한 최고 시에 발생하고, 민법 제170조의 해석상 재판상의 청구는 그 소송이 취하된 경우에는 그로부터 6월 내에 다시 재판상의 청구를 하지 않는 한 시효중단의 효력이 없고 다만 재판 외의 최고의 효력만을 갖게 된다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435 판결).
- 사안에서는 2020. 10. 15.자 최고, 2021. 3. 15. 재판상 청구하였다가 취하되어 최고가 반복적으로 이루어졌다. 甲이 2021. 7. 15. 소를 제기하였으므로 이로부터 역산하여 6월 내에 이루어진 최고 시에 시효중단의 효력이 발생한다.

#### (5) 사안의 적용 (5점)

- ① 물품대금채권(소멸시효기간 3년)의 소멸시효는 2017. 4. 30. 완성되었으나, 채무자의 시효이익의 포기로 물품대금채권의 소멸시효가 2018. 2. 20.부터 다시 진행됨 → ② 2020. 10. 15. 최고 → ③ 2021. 3. 15. 재판상 청구하였다가 소 취하 → ④ 2021. 7. 15. 다시 이 사건 재판상 청구한 사안이다.
- 甲이 2021. 7. 15. 소를 제기하였으므로 이로부터 역산하여 6월 내에 이루어진 최고는 2021. 3. 15.의 재판상 청구의 취하로 인한 최고뿐이며, 2020. 10. 15.자 최고는 6월이 초과된다.
- 그런데 물품대금채권의 소멸시효는 2018. 2. 20.로부터 3년이 경과한 2021. 2. 20.에 완성되었고, 2021. 3. 15.자 최고는 위 소멸시효가 완성된 날 이후임이 명백하므로 시효중단의 효력이 인정될 수 없다. 乙의 소멸시효 항변은 인용된다.

# 2021년도 제3차 변호사시험 모의시험

## [제1문의 1]

甲으로부터 2010. 10. 27. 3,000만 원을 차용한 乙이 2016. 4. 7. 사망하자, 망인의 1순위 단독 상속인인 자녀 丙이 상속포기신고를 하여 2016. 7. 6. 수리되었다. 그러므로 망인의 형인 丁이 그 2순위 단독 상속인으로서 위 차용금채무를 상속하게 되었다.

甲은 2020. 10. 23. 위 1순위 상속인인 丙을 피고로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하였다가 2021. 6. 19. 피고를 위 2순위 상속인인 丁으로 바꾸는 피고경정신청서를 법원에 제출하였다.

이에 丁은 피고의 경정이 있는 경우 시효중단의 효과는 경정신청서를 제출한 때에 발생하며, 이 사건 대여금채권은 甲이 위 피고경정신청서를 제출하였을 당시에 이미 10년의 소멸시효기간이 지나 시효로 소멸한 것으로 보아야 한다고 항변을 하였다.

문제 1.

위와 같은 丁의 시효항변이 정당한지를 그 논거와 함께 서술하시오 (10점).

## 문제 1.

### 1. 결론 (2점)

丁의 시효항변은 당사자표시정정에 관한 법리를 오해한 것으로 정당하지 않다.

### 2. 논거 (8점)

원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때에, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다(대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정 참조).

상속개시 이후 상속의 포기를 통한 상속채무의 순차적 승계 및 그에 따른 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성에 비추어 위의 법리는 채권자가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하고 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 채권자가 의도한 실질적 피고의 동일성에 관한 위 전제요건이 충족되는 한 마찬가지로 적용이 된다고 보아야 할 것이다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결).

원고는 처음에 위 망인의 1순위 상속인들의 상속포기사실을 알지 못하고 그들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1심 소송 도중에 이를 알게 되어 피고를 위 망인의 적법한 상속인인 피고로 바꾸어 달라고 법원에 신청한 것임을 알 수 있다.

이 사건 청구의 내용과 원인사실, 원고의 소제기 목적 및 위 피고경정신청의 경위와 시점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 원고가 의도한 이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고 丁이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이다.

이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 보아야 할 것이다.

따라서 이 사건 소의 진정한 당사자로 확정되는 피고 丁이 상속한 이 사건 대여금채무는 그 소멸시효기간이 지나기 전의 이 사건 소의 제기로써 시효의 진행이 중단된 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 이 사건 대여금채권은 시효로 소멸하였다는 피고 丁의 시효항변은 당사자표시정정에 관한 법리를 오해한 것으로 정당하지 않다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결).

## [제1문의 2]

乙 종중(대표자 회장 甲)은 2020. 5. 15. 丙을 상대로 매매에 기한 부동산 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 甲은 같은 해 7. 31. 乙 종중 회장직에서 해임되었으며, 乙 종중은 丙에게 甲의 대표권 소멸사실을 통지하지는 않았지만, 같은 해 8. 18. 법원에 乙 종중의 새로운 대표자 丁이 대표자 변경신고서를 제출하였다. 甲은 같은 달 19. 자신의 해임에 앙심을 품고 乙 종중 명의로 위 소를 취하하는 소취하서를 법원에 제출하였으며, 그 소취하서의 부분은 같은 달 25. 丙에게 송달되었고, 丙이 같은 달 31. 위 소취하에 동의하였다.

문제 1.

甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 유효한지를 그 논거와 함께 서술하시오 (10점).

## 문제 1.

## 1. 결론 (2점)

甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 효력이 없다.

## 2. 논거 (8점)

법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다(민사소송법 제52조). 법인의 대표자 또는 법인이 아닌 사단이나 재단의 대표자 또는 관리인에게는 민사소송법 가운데 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용한다(민사소송법 제64조).

소송절차가 진행되는 중에 법정대리권이 소멸한 경우에는 본인 또는 대리인이 상대방에게 소멸된 사실을 통지하지 아니하면 소멸의 효력을 주장하지 못한다(민사소송법 제63조 제1항 본문). 다만, 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 제56조제2항의 소송행위를 하지 못한다(민사소송법 제63조 제1항 단서). 따라서 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙(認諾) 또는 소송탈퇴를 하지 못한다.

민사소송법은 법인(법인 아닌 사단도 포함, 이하 같다) 대표자의 대표권이 소멸한 경우에도 이를 상대방에게 통지하지 아니하면 그 효력이 없다고 규정하고 있는바, 그 취지는 법인 대표자의 대표권이 소멸하였다고 하더라도 당사자가 그 대표권의 소멸 사실을 알았는지의 여부, 모른 데에 과실이 있었는지의 여부를 불문하고 그 사실의 통지 유무에 의하여 대표권의 소멸 여부를 확립적으로 처리함으로써 소송절차의 안정과 명확을 기하기 위함에 있다고 할 것이다(대법원 1998. 2. 19. 선고 95다52710 전원합의체 판결).

따라서 법인 대표자의 대표권이 소멸된 경우에도 그 통지가 있을 때까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하므로, 대표권 소멸 사실의 통지가 없는 상태에서 구 대표자가 한 소취하는 유효하고, 상대방이 그 대표권 소멸 사실을 알고 있었다고 하여 이를 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1967. 11. 28. 선고 66누174 판결, 1968. 12. 17. 선고 68다1629 판결, 1970. 9. 29. 선고 70다1593 판결, 1979. 12. 11. 선고 76다1829 판결, 1995. 2. 28. 선고 94다49311 판결 각 참조).

다만 2002년 개정 민사소송법은 제63조 제1항 단서를 신설하여, 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙(認諾) 또는 소송탈퇴를 하지 못하도록 규정하고 있다. 그러므로 비록 乙 종중 측이 이 사건 소를 취하할 때까지 상대방인 피고 丙에게 위 甲의 대표권 소멸 사실을 통지한 사실이 없다고 하더라도 법원이 대표권 소멸사실을 알고 있었으므로 甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 효력이 없다.



**[제1문의 3]**

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲과 乙 법인은 2층으로 된 X 건물을 2분의 1 지분씩 공동으로 소유하고 있는데, 건물 구입 당시 함께 추진하기로 한 사업이 여의치 않게 되어 甲은 이 건물을 매각하고 그 자금으로 다른 사업을 하고자 하나, 甲에 비하여 자금사정이 좋은 乙 법인은 시장상황이 좋아지기를 기다리며 매각을 반대하고 있다. 이에 甲은 乙 법인을 상대로 X 건물의 분할청구의 소를 제기하였다. (각 설문은 독립적임)

문제 1.

甲이 제출한 소장에는 乙 법인의 대표로 A가 기재되어 있으나, 막상 소장에 첨부된 乙 법인의 등기부 등본에는 B가 대표자로 등재되어 있다. 이에 재판장은 甲에게 소장을 보정하도록 명하였다.

이후 재판장은 보정명령으로 정해진 기간이 지났음에도 甲이 보정하지 않으므로 소장을 각하하였다. 이러한 재판장의 소장각하명령은 적절한가? (10점)

문제 2.

위 소송을 심리한 법원은 매각분할을 구하는 甲의 청구취지와 1층의 확보를 원하는 乙 법인의 요구를 고려하여, 乙 법인은 1층 전부의 소유권을 취득하고, 2층 전부의 소유권은 甲에게 부여하되, 乙 법인이 甲에게 각 층의 가치의 차액에 상당하는 5억 원을 배상하는 것이 합리적이라고 판단하고 있다. 법원은 위와 같은 분할판결을 할 수 있는가? (10점)

**문제 1.****1. 문제의 소재 (1점)**

- 보정명령의 불준수로 인한 소장각하명령의 적부
- 법인의 대표자의 기재가 잘못된 경우의 소장 각하 가부

**2. 보정명령의 불준수로 인한 소장각하명령의 적부 (2점)****1) 소장심사의 내용**

- 소장의 필수적 기재사항: 소장의 필수적 기재사항(제254조 1항)은 이것이 흠결되면 소장이 부적법해지기 때문에 원칙적인 심사대상으로 된다. 구체적으로는 당사자, 청구원인, 청구취지, 날인 또는 서명 등이 빠짐없이 기재되어 있는지 여부가 그 대상이다.
- 민사소송법 제254조에 의한 소장심사의 대상이 되는 것은 소장에 필요적 기재 사항, 즉 청구취지 및 원인 등이 빠짐없이 기재되어 있는지의 여부에 있고, 소장에 일응 청구의 특징이 가능한 정도로 청구취지 및 원인이 기재되어 있다면 비록 그것이 불명확하여 파악하기 어렵다 하더라도 그 후는 석명권 행사의 문제로서 민사소송법 제254조 제1항의 소장심사의 대상이 되지 않는다고 할 것이고, 석명권 행사에 의하여도 원고의 주장이 명확하게 되지 않는 경우에는 비로소 원고의 청구를 기각할 수 있을 뿐이다(대법원 2004.11.24. 자 2004무54 결정).
- 그러나 그 기재의 진실성이나 당부는 재판장이 아니라, 법원이 심리를 통하여 판단할 사항이므로 소장심사의 대상이 아니다.

**2) 보정명령의 적부**

- 이때 보정명령이 적절하냐의 문제가 생길 수 있으나, 어차피 이에 따르지 않는다고 하여도 소장각하를 할 수도 없다면 적법성 여부를 따지는 것은 무의미하다.

**3. 소장의 필수적 기재사항의 흠결 (5점)**

- 따라서 소장에 법정된 필수적 기재사항이 기재되어 있거나 하면 설령 그 표시가 잘못되었다고 하더라도 소장을 각하할 수 없다.
- 예를 들어 법정대리인이 아닌 자를 법정대리인으로 표시하거나, 법인을 당사자로 하는 소에서 대표자의 표시를 잘못된 경우를 시정하기 위한 보정명령에 응하지 않는다고 하여 소장을 각하해서는 안 되고, 심리 후 소송요건의 흠결이 밝혀지면 판결로 소를 각하하여야 한다.
- 민사소송법 제254조에 의한 재판장의 소장심사권은 소장이 같은 법 제249조 제1항의 규정에 어긋나거나 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니하였을 경우에 재판장이 원고에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 흠결의 보정을 명할 수 있고, 원고가 그 기간 내에 이를 보정하지 않을 때에 명령으로써 그 소장을 각하한다는 것일 뿐이므로

로, 소장에 일응 대표자의 표시가 되어 있는 이상 설령 그 표시에 잘못이 있다고 하더라도 이를 정정 표시하라는 보정명령을 하고 그에 대한 불응을 이유로 소장을 각하하는 것은 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 오로지 판결로써 소를 각하할 수 있을 뿐이다(대법원 2013.9.9. 자 2013마1273 결정).

#### 4. 결론 (2점)

- 소장심사시에 재판장이 적절하지 않은 기재사항을 발견하였다고 하더라도 필수적 기재사항이 기재되어 있는 이상, 보정명령에 따르지 않는다고 하여 소장각하명령을 하는 것은 적절하지 않다.

## 문제 2.

#### 1. 문제의 소재 (1점)

원고의 청구와 다른 내용의 분할 판결의 가부

#### 2. 공유물 분할 판결의 내용 (6점)

- 형식적 형성소송에 대해서는 처분권주의나 불이익변경금지원칙의 적용이 배제되는데, 이러한 소에서는 국가의 후견적 지위에서 최선의 판단을 하여야 하기 때문이다. 따라서 당사자의 주장이나 청구와 무관하게 법원의 재량으로 판단을 할 수 있다. 따라서 설문에서 원고 甲이 매각분할을 원하였다고 하여 분할방법이 매각분할에 한정되는 것은 아니다.
- 이때 법원의 재량의 내용은 당사자 사이의 법률관계와 이해관계에 관한 최선의 결과를 도출하는 것이다.
- 따라서 예컨대 공유물 분할을 하면서 현물분할의 방법으로 가격분할도 가능하게 된다.<sup>2)</sup>

#### 3. 결론 (3점)

- 법원이 매각분할을 원하는 원고의 청구에도 불구하고 현물분할과 가격배상의 혼합방법으로 배상을 명한 것은 적법하다.

2) 대법원 2004.10.14. 선고 2004다30583 판결: [1] 공유물분할의 소는 형성의 소로서 공유자 상호간의 지분의 교환 또는 매매를 통하여 공유의 객체를 단독 소유권의 대상으로 하여 그 객체에 대한 공유관계를 해소하는 것을 말하므로, 법원은 공유물분할을 청구하는 자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 공유관계나 그 객체인 물건의 제반상황에 따라 공유자의 지분비율에 따른 합리적인 분할을 하면 된다. [2] 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다.

## [제1문의 4]

X 부동산과 Y 부동산에 관해 그 소유자인 甲으로부터 乙 앞으로 소유권이전등기가 각 경료되었다. 甲은 2015. 1. 5. 자신은 X, Y부동산을 乙에게 매도한 바 없는데도 乙이 등기에 필요한 매매계약서 등 서류를 위조해 그 각 등기를 경료한 것이라고 주장하면서 乙을 상대로 그 각 등기의 말소등기를 청구하는 소('A소')를 제기했다. 이 소송사건의 변론이 2015. 9. 24. 종결되어 甲의 청구를 모두 인용하는 판결('A판결')이 선고되었고, 그 판결은 2015. 10. 15. 확정되었으며, 그 판결에 기해 그 각 소유권이전등기가 2015. 10. 30. 말소되었다. 甲은 2015. 11. 2. ① X부동산에 관해 2015. 9. 17.자 매매(유효한 계약임을 전제로 한다)를 원인으로 하는 소유권이전등기를 丙 앞으로 경료하고, ② 자신이 2015. 10. 20. 차용한 5,000만 원의 원리금 반환 채무를 담보하기 위해 Y부동산에 관해 채권최고액이 1억 원인 근저당권 설정등기를 丁 앞으로 경료했다. 그런데 乙은 자신이 A소송에서 패소한 것은 억울하고, 정당하게 작성된 매매계약서 등 증거를 발견했으므로 자신은 X, Y 부동산의 정당한 소유자라고 주장하면서 ① 丙을 상대로 X 부동산에 관해 진정한 등기명의 회복을 위한 소유권이전등기 청구의 소('B소')를 제기하고, ② 별도로 丁을 상대로 Y 부동산에 관해 근저당권 설정등기의 말소등기 청구의 소('C소')를 제기했다. B소와 C소의 청구원인에는 A소의 변론 종결 후에 발생한 새로운 사유의 주장은 없다.

문제 1.

법원은 B소와 C소에 관해 어떻게 판결하여야 하는가? (30점)

## 문제 1.

### 1. 문제의 소재 (4점)

丙과 丁이 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 대하여 A판결의 기판력이 미치는 주관적 범위에 포함되는지, B소송과 C소송이 A소송과 소송물의 동일관계나 모순관계 또는 선결관계에 해당하는지가 문제된다.

### 2. 기판력의 주관적 범위 (10점)

(1) 민사소송법 제218조 제1항은 “확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 … 에 대하여 효력이 미친다”고 규정하고 있다. 丙과 丁이 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당하는지가 문제된다.

(2) 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당하는지 여부

(a) 승계인의 의의 : 승계인이란 원칙적으로 변론을 종결한 뒤에 당사자로부터 소송물인 실체법상의 권리의무를 승계한 자를 말하고, 승계의 시기는 사실심 변론 종결 후일 것을 요하며, 원인행위는 변론 종결 이전에 있었다고 하더라도 등기가 뒤에 있었으면 등기 시를 기준으로 변론 종결 후의 승계인으로 보아야 한다.<sup>3)</sup>

(b) 승계인의 범위 : 전소의 소송물이 물권적 청구권인 경우에는 당사자로부터 목적물의 점유나 등기를 취득한 자는 승계인의 범위에 포함되지만 채권적 청구권인 경우에는 그러한 자는 승계인에 포함되지 않는다.<sup>4)</sup>

(3) 소결론 : A소의 소송물인 말소등기청구권은 물권적 청구권이고, 승계의 원인행위 시점과 관계없이 丙과 丁의 등기 시점이 2016. 11. 2.로서 A소송의 사실심 변론종결일 이후이기 때문에 丙과 丁은 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다.<sup>5)</sup>

### 3. 기판력의 객관적 범위 (10점)

(1) 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다(민사소송법 제216조 제1항). 전소 확정판결에서 생긴 기판력은 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하거나 모순관계에 있거나, 전소의 소송물을 선결문제로 하는 경우에 작용된다.

(2) 소송물 동일.모순관계(B소송) : 동일한 원고가 제기하는 소유권이전등기 말소등기 청구 소송의 소송물과 말소등기에 갈음한 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송의 소송물은 실질적으로 동일하다는 것이 판례의 태도이기는 하지만<sup>6)</sup>, 이 사안의 경우에는 전소에서 패소한 피고가 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하고 있다는 점에서 이를 모순관계로 파악해야 할 것이다.

(3) 선결.모순관계(C소송) : 소유권이전등기 말소청구소송의 확정판결의 기판력은 위 확정된 전소의 말소등기 청구

3) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결

4) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결

5) 대법원 1974. 12. 10. 74다1046 판결; 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다34183 판결 등.

6) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결 : 소유권이전등기 말소청구소송의 소송물과 말소등기에 갈음한 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송의 소송물이 동일한지 여부(적극)(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결 참조)

권의 존재 여부를 선결적 법률관계로 하는 근저당권 설정등기 등의 말소등기 청구 소송에 미친다는 것이 판례의 태도이다.<sup>7)</sup>

(4) 소결론 : 乙이 원고인 B소송의 소송물인 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구권과 甲이 원고인 A소송의 소송물인 말소등기 청구권은 모순관계에 있으므로 A판결의 기판력은 B소송에 미치고, C소송에서는 A판결의 기판력 있는 판단(소유권에 기한 말소등기 청구권의 존재)이 B소송의 선결적 법률관계가 되므로 A판결의 기판력은 B소송에 미친다.

#### 4. 기판력의 본질에 따른 판단 (4점)

- 모순금지설(판례), 반복금지설. 판례의 태도인 모순금지설에 의하면 패소한 당사자가 제기한 후소 청구는 기각되어야

#### 5. 결론

법원은 B소와 C소의 청구를 모두 기각하여야 한다. (2점)

7) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결: 이와 관련하여 2000다24856 판결에서는 선결관계로 보는 근거를 명확히 제시하고 있지 않다. 이러한 관계를 모순관계로 보아야 한다는 견해도 존재하지만 이곳에서는 판례에 따른다.

## [제1문의 5]

甲은 乙을 상대로 소를 제기하면서 그 청구원인으로 ① 건물매매업무와 관련된 손해배상 10억 원 ② 부동산 임차업무와 관련된 손해배상 8억 원을 선택적 청구로 병합하여 청구하였다. (각 설문은 독립적임) (30점)

## 문제 1.

제1심 법원은 위 청구원인 중 건물매매업무와 관련된 손해배상청구만을 심리·판단하여 원고가 구하는 청구금액을 전부 인용하고, 나머지 청구에 대해서는 원고가 어느 하나의 청구원인에서라도 전부인용판결을 받으면 추가적인 판단을 원하지 않는다는 이유에서 그 판단을 하지 않았다. 이 판결에 대해 피고만 항소한 경우 항소심 법원은 제1심에서 판단하지 않은 위 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구에 관해 심리·판단할 수 있는가? (15점)

## 문제 2.

제1심 법원은 ① 건물매매업무와 관련된 손해배상청구에 대해서는 청구기가, ② 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구에 대해서는 5억 원을 인용하는 판결을 선고하였다. 이 판결에 대해 피고만 항소한 경우, 항소심 법원은 위 건물매매업무와 관련된 손해배상청구 부분에 대해 심리·판단할 수 있는가? (15점)

## 문제 1.

## 1. 문제의 소재 (2점)

청구의 병합, 단순병합, 선택적 병합, 병합청구와 관련된 이심과 심리의 범위

## 2. 단순병합과 선택적 병합의 의미 (3점)

## (1) 단순병합

서로 양립하는 복수의 청구를 병렬적으로 병합하여 그 전부에 관하여 판결을 구하는 경우를 말한다. 각 청구 사이에는 아무런 관계가 없어도 상관없다.

## (2) 선택적 병합

양립하는 복수의 청구를 택일적으로 병합하여 그 가운데 어느 하나라도 인용하는 판결을 구하는 경우로서, 여러 개의 청구 중 하나의 청구가 인용되는 것을 해제조건으로 하여 다른 청구에 대하여 심판을 구하는 것이다. 병합된 청구들 사이에는 관련성이 있어야 한다.

## 3. 병합의 형태를 구별하는 기준 (4점)

- 병합의 판단기준은 당사자의 의사가 아니라 병합청구의 성질에 따라 판단해야 한다는 성질설이 판례의 태도이며, 이러한 점은 항소심에서의 심판의 범위를 결정함에 있어서도 마찬가지이다.

위 ①청구와 ②청구의 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없으므로 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 제1심 법원이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취하지 않고 그 중 하나의 청구원인에 대해서만 심리·판단하였는바, 이들 청구는 단순병합의 형태로 보아야 할 것이다.<sup>8)</sup>

## 4. 항소심 심판의 범위 (4점)

이 사건 청구병합은 단순병합이므로 제1심 법원이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판의 대상이 되며, 판단하지 않은 나머지 청구는 여전히 제1심에 남아 있다고 보아야 한다.<sup>9)</sup>

8) [참고 판례] 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심에서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결)

9) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결: 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것인바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다고 하더라도, 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하



## 5. 사안의 해결 (2점)

이 사건 청구병합은 단순병합이므로 제1심 법원이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판의 대상이 되며, 판단하지 않은 나머지 청구는 여전히 제1심에 남아 있다고 보아야 한다. 따라서 항소심 법원은 제1심에서 판단하지 않은 ② 청구에 관해 심리·판단할 수 없다.

## 문제 2.

### 1. 문제의 소재 (2점)

상소불가분의 원칙, 단순병합청구와 항소심에서의 심판의 범위가 문제된다.

### 2. 상소불가분의 원칙과 불이익 변경금지의 원칙 (4점)

상소의 제기에 의해 확정차단의 효력과 이심의 효력은 원칙적으로 상소인의 불복신청의 범위에 관계없이 원판결의 전부에 대해 불가분적으로 발생한다. 이를 상소불가분의 원칙이라고 한다.

항소법원의 제1심 판결의 당부에 대한 심판은 항소 또는 부대항소한 당사자의 불복신청의 한도 내에 국한되며, 제1심 판결 중 누구도 불복신청하지 않은 부분에 대해서는 불이익으로든 이익으로든 변경할 수 없는 것을 말한다.

### 3. 병합의 형태를 구별하는 기준 (반복)

- 병합의 판단기준은 당사자의 의사가 아니라 병합청구의 성질에 따라 판단해야 한다는 성질설이 판례의 태도이며, 이러한 점은 항소심에서의 심판의 범위를 결정함에 있어서도 마찬가지이다.

위 ①청구와 ②청구의 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없으므로 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 제1심 법원이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취하지 않고 그 중 하나의 청구원인에 대해서만 심리·판단하였는바, 이들 청구는 단순병합의 형태로 보아야 할 것이다.

### 4. 단순병합청구의 항소심 심판의 범위 (6점)

단순병합의 경우 일부판결에 대해 상소한 때에는 그 부분이 나머지 부분과 분리하여 상소심으로 이심하지만, 전부판결의 경우에는 전부의 청구에 대하여 상소한 경우는 물론 일부의 청구에 대하여만 상소한 경우에도 상소불가분의 원칙에 따라 모든 청구에 관한 소송이 확정이 차단되고 상소심으로 이심한다. 다만 상소하지 아니한 부분은 상소심의 심판의 대상이 될 수 없다.<sup>10)</sup>

### 5. 문제의 해결 (3점)

단순병합된 두 청구에 대해 제1심 법원이 두 청구 모두에 대해 판결을 선고하였고 피고만이 그 일부에 대해 항소를 제기하였지만 상소불가분의 원칙에 따라 두 청구 모두 확정이 차단되고 모두 항소심으로 이심된다. 그러나 당사자 중 누구도 불복하지 않은 ① 청구는 항소심의 심판의 대상이 될 수 없다.

따라서 항소심 법원은 ① 건물매매와 관련된 손해배상청구 부분에 대해 심리·판단할 수 없다.

여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다.

10) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679,207686,207693 판결: 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 주위적·예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 원심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리를 한 다음 그중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하였다면, 이는 법원이 위 청구의 병합관계를 본래의 성질에 맞게 단순병합으로서 판단한 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 피고만이 위 인용된 청구 부분에 대하여 상고를 제기한 때에는 일단 단순병합관계에 있는 모든 청구가 전체적으로 상고심으로 이심되기는 하나 상고심의 심판 범위는 이심된 청구 중 피고가 불복한 청구에 한정된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 등 참조).